dell'amministrazione. Non sempre è chiaro che il discorso sugli accordi non va confuso con quello riguardante l'attività di diritto privato dell'amministrazione, ed in particolare con la problematica relativa alla formazione della volontà contrattuale di quest'ultima, che viene, invece, talvolta richiamata per costruire modelli idonei a spiegare la compresenza di atti a contenuto provvedimentale e di strumenti negoziali.

Si tratta, d'altra parte, di un esito facilmente comprensibile se si pensa che alla radice di queste «commistioni» c'è, sempre, un certo modo «speciale» di concepire l'amministrazione pubblica, che ha, in qualche modo, condizionato anche la stessa configurabilità di una piena responsabilità di diritto comune di quest'ultima. È noto, infatti, che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, solo in un periodo relativamente recente si è fatta strada l'idea di una responsabilità pre-contrattuale dell'amministrazione, proprio perché si riteneva che, anche nel campo del diritto privato, quel carattere di parte del tutto «speciale» dell'amministrazione pubblica, ed il collegamento istituzionale tra le modalità di formazione della sua volontà e l'interesse pubblico, escludessero responsabilità (di natura, ovviamente, extracontrattuale) nella fase delle trattative.

È sempre nel medesimo ambito che si colloca, poi, il problema della *discrezionalità* amministrativa. In particolare, la questione che si pone consiste nello stabilire quale sia il rapporto tra *discrezionalità* e *consensualità*.

Che cosa diviene, infatti, la discrezionalità amministrativa in una amministrazione pubblica la cui azione appare, ormai, contrattata? E, più alla radice, può l'azione amministrativa ed il suo sviluppo essere oggetto di negoziazione con le parti private?

La risposta a tale quesito sembra debba essere, ormai, di tipo positivo, dal momento che è la stessa legge 241/90 ad ammettere la figura degli accordi volti a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento (art. 11).

Non può, tuttavia, essere trascurato il fatto che, per lungo tempo, la dottrina ha descritto provvedimento ed accordo in modo obiettivamente non compatibile, considerando il primo ed il secondo come il punto di partenza di due sequenze destinate a non incontrarsi mai, in quanto espressioni di due culture antagoniste. In questa ottica

l'accordo - o meglio, il contratto - appariva l'espressione di un *agire libero*, incompatibile con quell'*agire vincolato* (alla soddisfazione dell'interesse pubblico) di cui, alla fine, costituiva espressione il provvedimento amministrativo. Si comprende, pertanto, in un'ottica del genere, come il contratto di diritto pubblico venisse, nella sostanza, considerato come una *factio* inammissibile; e come la nuova disciplina introdotta dalla legge 241/90 a proposito degli accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento, piuttosto che questa, o quella, costruzione giuridica, abbia, in realtà, messo in crisi un certo modo di concepire l'*agire* amministrativo, che, legando indissolubilmente il perseguimento dei fini istituzionali dell'amministrazione con strumenti dotati di autorità, finisce con il negare all'amministrazione la libertà di perseguire, secondo le forme storicamente ritenute opportune, il pubblico interesse.

4. Il discorso sull'amministrazione per accordi investe anche, in qualche modo, le questioni legate all'*organizzazione amministrativa*.

Ciò è vero, innanzi tutto, per gli accordi tra *soggetti pubblici* (i c.d. accordi organizzativi in senso stretto), e che una parte della dottrina colloca nell'ambito dei *procedimenti infrastrutturali* (destinati, cioè, a coordinare una pluralità di interessi attribuiti dalla legge ad una pluralità di organizzazioni); ma è vero anche, a ben vedere, per gli accordi *procedimentali*.

Anche questi costituiscono, infatti, modalità di composizione degli interessi nell'ambito di una amministrazione pluralistica; mentre il concreto assetto organizzativo che è stato posto con l'accordo procedimentale rileva come un *elemento obiettivo*, sia per i soggetti che hanno preso parte all'accordo che per i terzi.

Ne è prova, indiretta, ma chiara, la disciplina contenuta nell'art. 11 della legge 241/90. Questa esclude che dall'accordo possa derivare pregiudizio per i terzi: il che evidenzia come gli accordi siano chiamati ad acquistare rilevanza nei confronti dei terzi, anche se tale rilevanza non può mai tradursi in un pregiudizio per essi.

5. Ma l'importanza della tematica degli accordi oltrepassa i

confini, pure ampi, dell'organizzazione amministrativa per chiamare direttamente in causa, alla fine, anche la tematica delle *fonti*.

Via via che si fa più frequente il ricorso agli accordi, ed in genere alle forme di amministrazione consensuale, le *fonti* dell'attività amministrativa non appaiono più limitate alla legge ed agli atti di normazione secondaria; acquistano, invece, un ruolo specifico anche gli *accordi*. E' sufficiente, per rendersi conto dell'importanza del fenomeno, por mente al fenomeno degli accordi collettivi nel pubblico impiego.

Questi non soltanto divengono fonti della disciplina del rapporto di impiego ma enunciano spesso una serie di meccanismi procedurali il cui rispetto appare determinante per l'emanazione di provvedimenti amministrativi destinati ad incidere anche nell'inserzione del dipendente pubblico all'interno dell'assetto organizzativo dell'amministrazione. La contrattazione collettiva finisce così col divenire parte dell'ordinamento di settore di molti enti pubblici istituzionali (la giurisprudenza lo ha affermato esplicitamente, ad esempio, con riferimento agli *enti lirici*); la stessa si afferma, comunque, come una vera e propria fonte di produzione normativa, come è reso palese dallo stesso art. 17 della legge 27 agosto 1988, n. 400, che inserisce nel novero degli atti regolamentari quelli chiamati a disciplinare l'organizzazione del lavoro ed i rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti in base agli accordi sindacali (art. 17, comma 1, lett. e).

6. Per quanto paradossale possa sembrare, la più rilevante difficoltà nell'intraprendere un discorso sull'amministrazione consensuale, specie dopo l'entrata in vigore della legge 241/90, è, tuttavia, legata ad una circostanza specifica, e cioè alla presenza, già prima della entrata in vigore della legge 241/90, di un gran numero di figure specifiche di accordi.

Si parla, infatti, già da tempo, di amministrazione consensuale nell'esperienza del diritto amministrativo, e questo modo di esprimersi ha registrato un incremento ulteriore dopo l'entrata in vigore della legge 241/90.

Certo è che l'ordinamento conosce da tempo un gran numero di

figure convenzionali, introdotte formalmente attraverso apposite norme di legge, ovvero suggerite dalla pratica delle amministrazioni.

Non è, ovviamente, il caso di ricordare, in questa sede, gli accordi bonari in materia di espropriazioni, le concessioni-contratto, le convenzioni urbanistiche, le convenzioni previste dalla disciplina sul servizio sanitario nazionale, gli accordi in materia di pubblico impiego, ovvero gli accordi organizzativi, sia previsti da apposite norme di legge (come l'accordo di programma disciplinato dalla legge n. 64 del 1986), sia introdotti dalla prassi delle singole amministrazioni (come è avvenuto, ad esempio, a proposito delle convenzioni fra Stato e regioni in materia di istruzione e formazione); certo è, però, che la presenza di tali figure, costituisce, in qualche modo, non solo una manifestazione di ricchezza, ma anche la testimonianza di una sorta di *difficoltà* dell'ordinamento stesso. Alla presenza di tali diverse ipotesi di amministrazione consensuale non ha, infatti, fatto seguito l'elaborazione di categorie, più ampie, o, comunque di una più generale figura di accordo, caratterizzata da regole e principi altrettanto generali. Pur in presenza di un dibattito intenso, vi è stata, infatti, quasi una sorta di resistenza oggettiva delle varie figure di accordo a prestarsi a categorizzazioni più grandi, fino al punto di mettere in discussione la stessa possibilità di ipotizzare una figura del genere.

Sotto questo profilo, l'entrata in vigore della legge 241/90, e con essa di una disciplina generale degli accordi nel procedimento amministrativo, costituisce obiettivamente un evento di rilievo, dal momento che viene a colmare per via legislativa quel vuoto - l'assenza di una disciplina generale - che non era stato possibile colmare in via interpretativa.

La legge positiva supplisce alla oggettiva impossibilità di ricavare, dall'esame delle singole fattispecie, quella figura di accordo in generale, necessaria per postulare una funzione ed un regime unitario per l'amministrazione consensuale nel suo complesso.

7. La circostanza che la disciplina generale dell'accordo sia stata posta *ex lege*, e non ricavata per via interpretativa dall'esame delle singole fattispecie in cui si registra la presenza di strumenti

convenzionali nell'agire amministrativo, pone, peraltro, una serie di problemi di non facile soluzione.

Si tratta, innanzi tutto, di tentare di comprendere se questa operazione di «innesto» di una normativa generale attorno, per così dire, ad una serie di fattispecie, fra di loro diverse ed isolate, possa considerarsi riuscita.

Occorre, quindi, cercar di cogliere «l'attitudine» delle norme contenute nella legge 241/90 a porsi non come una semplice disciplina dell'accordo nel procedimento, ma proprio come la normativa generale di cui quella già dettata dall'ordinamento a proposito delle convenzioni urbanistiche, dell'accordo in materia espropriativa, dell'accordo di programma e delle altre forme di amministrazione consensuale, costituisce la disciplina, per dir così, speciale. Si tratta, pertanto, di stabilire se, al di là di tutte le differenze, esista un tratto fondamentale comune a tutte le forme di accordo, che consenta di comprendere quale è la «comune esperienza» ad essi sottostante; in altri termini, se vi sia una sorta di «zoccolo duro» che, proprio perché alla base di tutte le forme di amministrazione consensuale, sia anche alla radice della disciplina generale introdotta, in materia, dalla legge 241/90.

Si tratta, poi, di stabilire che valore assume, in questa prospettiva unificante, l'introduzione di una disciplina generale sugli accordi nel procedimento amministrativo — ovvero, il che è lo stesso, sulla attività consensuale dell'amministrazione — ed in particolare, se essa si limita a fornire una cornice generale ad un fenomeno, per altri versi, già noto e sufficientemente consolidato, ovvero se essa non costituisca, invece, un oggettivo elemento di novità capace di modificare tutto il quadro che riguarda le forme di amministrazione per accordi; con una innovazione nell'ordinamento, che non limita la sua portata, alla introduzione di alcune regole generali, ma che comporta anche una modificazione ed una innovazione anche con riferimento alle singole discipline di settore riguardanti le diverse forme di accordi conosciute nell'ordinamento.

In proposito, infatti, l'idea che si fa strada è, appunto, questa: che la disciplina contenuta nella legge 241/90 a proposito degli accordi, presenti un obiettivo elemento di novità rispetto a quella che riguarda le singole figure; elemento, questo, costituito da una sorta di *minusvalenza* del provvedimento amministrativo rispetto all'accordo,

se non, addirittura, da una vera e propria *liberazione* di quest'ultimo dal provvedimento e dalle sue regole (o da alcune di esse).

Se, d'altra parte, esiste un tratto comune che lega insieme le norme contenute nella legge 241/90 e le singole ipotesi convenzionali già conosciute nell'ordinamento amministrativo, l'introduzione, nell'ordinamento, di una normativa generale sulle forme di amministrazione consensuale, caratterizzata dalla prevalenza delle forme convenzionali su quelle autoritativo-provvedimentali, comporterà anche il «riordino» e la *novazione*, in tal senso, delle discipline riguardanti le singole forme di accordo.

Quelle contenute nella legge 241/90 non costituiranno, pertanto, una disciplina generale che lascia intatta la normativa speciale, ma una serie di regole capaci di riordinare anche la materia prima disciplinata esclusivamente dalle singole regole di settore.

8. Conviene, pertanto, prendere le mosse dalla prima delle questioni che sono state enunciate, riguardante la verifica della capacità, delle norme contenute nella legge 241/90, di porsi, rispetto a quelle concernenti le singole, storiche, figure di accordo conosciute nel diritto amministrativo, come una vera e propria disciplina generale. Si tratta, come si è già osservato, di stabilire se esiste una sorta di tratto comune alle diverse figure di accordo conosciute dall'esperienza del diritto amministrativo, un carattere, cioè che, proprio perché «comune», consenta di cogliere l'esperienza sottostante al relativo fenomeno.

In proposito, il punto di partenza non può essere costituito dalle indicazioni che vengono dalla teoria generale. Proprio perché, infatti, l'esperienza dell'accordo è nota al diritto privato ed al diritto pubblico, è alla teoria generale del diritto che occorre chiedere attorno a quale nucleo fondamentale è nata e si è consolidata l'esperienza dell'accordo. Ora, ciò che colpisce, se si guarda alla teoria generale, è una sorta di oggettiva duplicità che sembra caratterizzare la relativa nozione: l'accordo è visto ora come una vera e propria norma, come un precetto, ora come atto giuridico, idoneo ad intervenire nelle vicende dei rapporti giuridici.

L'opinione corrente, a proposito di tale duplicità, è che essa sia dovuta alla circostanza che la figura dell'accordo si sarebbe

svilupata innanzi tutto nel campo del diritto pubblico (dove la sua efficacia *normativa*) per poi passare a quella del diritto privato (con la sua considerazione, soprattutto, come *atto giuridico*, idoneo a costituire, estinguere o modificare rapporti giuridici patrimoniali).

Esiste, in realtà, una tendenza della scienza giuridica a ridurre la complessità dei fenomeni da essa presa in considerazione ad una sorta di *duplicità* di natura (si pensi, ad esempio, alla annosa *querelle* che per molto tempo contrassegnò la scienza del diritto processuale a proposito della vera *natura* — se *atto* o *documento* — del titolo esecutivo); certo è però che la *duplicità* della nozione di accordo non designa, a ben vedere, esperienze o situazioni strutturalmente diverse, ed è, alla fine, soltanto apparente, dal momento che, proprio in quanto costituisce una fonte di produzione normativa, l'accordo è capace di porsi come atto capace di intervenire nelle vicende dei rapporti giuridici e nelle situazioni soggettive.

Si pensi, ad esempio, a quanto avviene nel diritto internazionale (pubblico), che costituisce uno dei settori di esperienza in cui nasce e si sviluppa la figura dell'accordo.

In esso l'accordo è considerato come un atto giuridico — bilaterale o plurilaterale — caratterizzato, però, da una funzione specifica, che è quella di produrre o modificare norme giuridiche.

Nel diritto internazionale l'accordo costituisce una fonte di tipo secondario: ciò vuol dire che l'accordo nasce e si sviluppa come una esperienza normativa; come l'esperienza, cioè, di soggetti diversi che, insieme, pongono le regole. E' proprio tale circostanza che spiega perché l'accordo sia stato sempre visto come una fonte di produzione normativa.

Nell'esperienza dell'accordo c'è, pertanto, l'idea di *porre le regole*; è questa che accompagna l'accordo quando, dal diritto internazionale, si passa ad altri settori dell'esperienza giuridica.

Ed infatti, quando si parla dell'accordo, si fa in realtà sempre riferimento ad un fenomeno di produzione normativa, di posizione di regole. Ciò avviene nel diritto processuale civile, quando si fa riferimento al c.d. *accordo delle parti*: si intende, in tal modo, riferirsi ad un *potere normativo* delle parti all'interno del processo destinato ad intervenire anche sulla sua sequenza tipica (art. 360, ultimo comma, cod. proc. civ.).

Una situazione del genere si verifica, con ogni evidenza, anche nel diritto civile: anche qui l'accordo è destinato ad avere un valore normativo per le parti, nei limiti contrassegnati dalla legge (artt. 1321 e 1322, cod. civ.).

Alla base del fenomeno dell'accordo c'è pertanto l'esperienza del porre le regole. Ora, una esperienza del genere non può essere colta adeguatamente se non si considerano anche i *soggetti* che le pongono, o meglio la funzione da essi svolta all'interno dell'accordo.

Essi, infatti, non vengono in rilievo per la loro qualità intrinseca, ma per il ruolo che rivestono nell'economia di tale figura.

Ora, i soggetti che nell'accordo vengono in rilievo sotto il profilo *funzionale* — per il ruolo, cioè, svolto nella dinamica della posizione del medesimo — sono, appunto, le parti. L'esperienza dell'accordo rinvia, pertanto, immediatamente, all'esperienza della *parte*, sicché è quest'ultima, alla fine, ad essere decisiva per la comprensione del fenomeno dell'accordo. Molte cose sono state dette sul concetto di «parte» e sulla realtà che, con tale espressione, si intende designare. E' stato sottolineato, ad esempio, che essa postula una relazione con un *tutto* che la ricomprende e di cui essa è, appunto, parte; altre volte è stato messo in luce il riferimento necessario che il concetto di parte contiene nei confronti dell'*altra parte*; è stato infine, sottolineato che si può essere parte rispetto ad un *divenire*, come quando si è parte di un processo o di un *procedimento*. Quel che è certo, peraltro, è che se si vuol mantenere un approccio che sia giuridicamente fondato, è nel diritto positivo che occorre trovare la chiave per comprendere l'esperienza della parte. Sotto questo profilo, una serie di indicazioni significative vengono da quelle norme del codice civile che, ponendo la disciplina di quel particolare tipo di accordo che è il contratto, sembrano descrivere in modo significativo il contenuto dell'esperienza della *parte*.

L'art. 1321 cod. civ. dispone, come è noto, che il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, modificare ed estinguere un rapporto giuridico patrimoniale. Secondo l'art. 1321 cod. civ., c'è, quindi, nell'esperienza della parte, il fatto di essere all'origine di un momento fondativo e regolativo; c'è, in altri termini, un atto di libertà, di autonomia, che attiene sia alla scelta di porre in essere l'accordo, sia al contenuto da dare al medesimo. La parte è anche *autore* dell'accordo.

Che le cose vadano in tal senso, risulta, d'altra parte, sottolineato dalla stessa disciplina positiva: il successivo art. 1322, nel descrivere appunto il contenuto di questa *autonomia*, precisa che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto, nei limiti previsti dalla legge (art. 1322, primo comma, cod. civ.), e che esse possono, altresì, concludere contratti diversi da quelli tipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 1322, secondo comma, cod. civ.).

Ancora una norma di diritto positivo ci consente di approfondire ulteriormente i contenuti della esperienza della parte. Ed infatti, secondo l'art. 1371 cod. civ., il contratto ha forza di legge fra le parti, oltre le quali non produce normalmente effetti se non nei casi previsti dalla legge.

Nella disciplina contenuta nel codice civile, le parti non sono soltanto gli *autori* dell'accordo, ma segnano anche il limite di operatività degli effetti del medesimo. La parte costituisce, ad un tempo, la fonte ed il limite dell'accordo.

Se quelle sopra esposte sono le «suggerzioni» ricavabili dall'esperienza del diritto positivo con riferimento alla nozione di parte, può dirsi, allora, che *parte* di un *accordo* è colui che è, ad un tempo, *autore* della regola posta con l'accordo e *destinatario* di tale regola.

Nella «parte» di un accordo vi è, così, ad un tempo, l'esperienza di essere un soggetto che pone le regole e, contemporaneamente, quella di essere il soggetto di applicazione di quelle regole.

Se tutto questo è vero, si comprende con chiarezza per quale ragione la legge 241/90 configura l'accordo come una conseguenza della partecipazione: fra parte ed accordo vi è un rapporto di antecedenza che non è soltanto logica ma, in qualche modo, anche ontologica.

9. L'esperienza dell'accordo è quindi quella del porre insieme delle regole; regole, queste, che valgono anche per gli stessi soggetti che le pongono.

Una situazione del genere si verifica, peraltro, per tutte le forme di

accordo conosciute prima della entrata in vigore della legge 241/90, sicché può ben dirsi che essa costituisca il tratto che le lega insieme ed unifica le relative esperienze.

Così è, infatti, per gli accordi riguardanti il procedimento espropriativo, sia che i medesimi abbiano per oggetto la determinazione dell'indennità di esproprio, ovvero la cessione bonaria dell'immobile.

Così è anche per le forme di contrattazione collettiva nel pubblico impiego: anche questa è una esperienza in cui le parti sono chiamate a porre delle regole di cui esse stesse, in qualche modo, sono destinatarie.

Sotto questo profilo, deve anzi essere sottolineato che l'esperienza degli accordi nel pubblico impiego ha registrato l'espandersi del principio di consensualità ad ambiti prima disciplinati da fonti regolamentari. E' quanto è successo, per esempio, per gli enti lirici, che, secondo la legge del 1967, sono direttamente regolati dall'accordo collettivo, non solo per quanto riguarda gli aspetti di tipo patrimoniale, ma anche per gli aspetti attinenti allo stato giuridico, ed in genere organizzativi e normativi. Ed è significativo che, per quegli enti per i quali il ricorso alla fonte regolamentare è andato, in qualche modo, facendosi meno frequente, si è, per converso, generalizzato il ricorso alla fonte contrattuale; così da ricomprendere nella sua operatività l'esperienza dell'organizzazione. E' quello che è avvenuto per gli enti pubblici economici, per i quali i bandi di concorso, che sono in realtà non soltanto strumenti con cui si provvede alla provvista del personale, ma anche forme di intervento nell'organizzazione dell'ente, sono stati dalla Corte di Cassazione «verbalizzati» e descritti come «offerta al pubblico», e cioè in forma contrattuale.

Anche in questi casi risulta confermato che l'esperienza dell'accordo rimanda ad un'esperienza in cui le parti pongono insieme le proprie regole e sono destinatarie di queste regole.

E', pertanto, l'*unicità* dell'esperienza dell'accordo che costituisce il tratto che consente di mettere insieme la legge 241/90 e le figure di amministrazione consensuale che la hanno preceduta e che, in qualche modo, consente di configurare quest'ultima come (nuova) legge generale in tutta la materia degli accordi.

Sotto questo profilo, occorre, anzi, mettere in guardia da un certo

modo di concepire il rapporto tra la (speciale) disciplina che regola le varie figure di accordo e la nuova legge sul procedimento.

Quest'ultima, costituisce una legge *generale* sul procedimento che sopravviene rispetto ad una serie di normative speciali. E' chiaro, allora, che il rapporto leggi speciali-nuova disciplina generale deve essere risolto in termini di *integrazione*: nel senso cioè che la nuova disciplina, pur lasciando intatte quelle discipline di settore capaci di soddisfare con modalità specifiche (e quindi, ad esempio, con una particolare organizzazione del contraddittorio) le esigenze sottese dalla nuova legge, pone, per il resto, una nuova, unitaria regolamentazione che vale con riferimento a tutte le figure di accordo.

Non può, invece, essere condiviso un ordine di idee che facendo leva sulla compiutezza e la conseguente «specialità» delle diverse normative di settore, da ciò deduce l'inapplicabilità alla nuova regolamentazione dettata dalla legge sul procedimento. Un tal modo di pensare rischia di rendere, in concreto, inapplicabile la nuova disciplina a tutte le preesistenti figure di accordo; esito, questo, che, a tacer d'altro, sembra porsi in contrasto con la stessa legge 241/90 che, indicando specificatamente all'art. 13 i procedimenti non incisi dalla nuova disciplina, lascia chiaramente intendere che, per il resto, essa trova applicazione con carattere di generalità.

10. Le diverse figure di accordo, preesistenti alla legge 241/90, sembrano, peraltro, caratterizzarsi per un connotato specifico. Esse, infatti, pur realizzando forme di amministrazione *consensuale*, sembrano, tuttavia, postulare l'esigenza di una ulteriore attività provvedimentale.

Si tratta, pertanto, di accordi che non si svincolano dalla necessità del provvedimento amministrativo, ma suppongono pur sempre l'adozione di un provvedimento.

Questo è vero per l'accordo determinativo dell'indennità di espropriazione, perché dopo la determinazione dell'indennità occorre pur sempre che l'autorità amministrativa adotti il decreto di espropriazione. Tale esito appare, paradossalmente, confermato anche dalle ipotesi di «cessione bonaria» del bene oggetto della procedura

espropriativa. Il perfezionamento di tale cessione esclude, infatti, la necessità di portare a termine la procedura espropriativa intrapresa, sicché appare possibile fare a meno di un provvedimento amministrativo soltanto a condizione di fare a meno dello stesso procedimento espropriativo e della sua conclusione.

La necessità di una attività provvedimentale successiva all'accordo si verificava anche con riferimento alla contrattazione collettiva, nel sistema della legge n.93 del 1983; gli accordi, infatti, non entravano a far parte dell'ordinamento senza il decreto del Capo dello Stato che li recepisce. Tale esito verificava anche per gli accordi di programma, che, non a caso, secondo la legge n.64 del 1986, dovevano essere approvati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, e risultavano, quindi, perfezionati soltanto con il provvedimento amministrativo.

Il tratto comune di questi accordi anteriori alla legge 241/90 è, quindi, questa strutturale esigenza del provvedimento amministrativo; e tale conclusione non sembra smentita dalle convenzioni urbanistiche - che sono quelle per le quali più spesso si parla di esercizio, in forma contrattuale, di una potestà pubblica - se è vero che, secondo un certo indirizzo della Corte di Cassazione, anche tali convenzioni postulano l'esercizio di una successiva attività provvedimentale, e cioè di una attività volta all'approvazione delle convenzioni medesime.

Questa situazione - che vede una correlazione necessaria tra accordo amministrativo e provvedimento amministrativo - si spezza, invece, con l'entrata in vigore della legge 241/90. Questa, infatti, pone una disciplina generale che, con l'ammettere esplicitamente la figura dell'accordo *sostitutivo* del provvedimento, interrompe il legame necessario fra l'uno e l'altro.

Con l'accordo sostitutivo l'attività amministrativa consensuale viene, infatti, ad occupare un'area prima integralmente occupata dal provvedimento autoritativo, fino a divenire, addirittura, *alternativa* ad esso.

Può, allora, dirsi che la legge 241/90 registra una sorta di progressiva *liberazione* dal provvedimento amministrativo; ed il fondamento di questa liberazione, che è anche una *sostituzione* dell'autoritatività con la consensualità, non può che essere identificato nella *partecipazione procedimentale*.

E', infatti, la partecipazione al procedimento la realtà che è

destinata a modificare, per dir così, l'autoritatività in consensualità; e tale esito sembra essere reso plasticamente evidente dall'art. 11 della legge 241/90, che, non a caso, configura l'accordo come una diretta conseguenza dell'esercizio delle facoltà connesse con la partecipazione.

Si può dire, anzi, che, nella prospettiva degli artt. 10 ed 11 della legge 241/90, l'incremento di qualità della partecipazione conduce progressivamente ad una sorta di trasformazione dell'*attività provvedimentale* in *attività consensuale*.

La partecipazione assume, infatti, prima il volto del diritto di accesso (art. 10, primo comma, lett. a), poi quello del diritto di difesa (art. 10, primo comma, lett. b); ma se assume il volto della proposta (art. 11), esso abbandona il ruolo della *garanzia* offerta nei confronti di una attività provvedimentale, per assumere quello di una compartecipazione e di una corresponsabilità nei confronti dell'agire amministrativo, che, alla fine, esclude l'esistenza di una *partecipazione* che diventa *consenso*. Si tratta, a ben vedere, di una situazione del tutto coerente con l'esperienza originaria dell'accordo e che spiega agevolmente perché non fosse necessario codificare, in modo esplicito, il principio di consensualità come regola dell'azione amministrativa.

11. Occorre a questo punto chiedersi quali siano le caratteristiche essenziali della disciplina generale degli accordi posta dalla legge 241/90.

In proposito, non si può non sottolineare che la legge 241/90 compie un'operazione veramente degna di nota; essa, infatti, se da una parte introduce due diverse tipologie di accordi (gli accordi procedimentali e quelli organizzativi), dall'altra - e questo è l'aspetto significativo - detta per entrambe le tipologie un regime che è comune per espressa previsione legislativa.

Quali sono le caratteristiche essenziali di questo regime comune? Vi è innanzitutto un principio che potrebbe essere chiamato di *atipicità* degli accordi, che vale sia per gli accordi procedimentali che per gli accordi organizzativi. Tale principio vale per gli accordi

procedimentali, perché se da una parte le ipotesi di accordi sostitutivi del provvedimento sono limitate ai casi di una espressa previsione legislativa in tal senso, gli accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento, invece, non appaiono soggetti al principio di tipicità; sicché si deve ritenere che la regola fondamentale in tema di accordi aventi per oggetto la discrezionalità non è quella della tipicità ma è proprio quella della atipicità. In un certo senso, infatti, la previsione concernente gli accordi sostitutivi del provvedimento costituisce una eccezione, od un limite, al generale principio di atipicità.

Anche per gli accordi organizzativi vale, poi, la regola dell'atipicità: secondo l'art. 15 l'amministrazione può, infatti, anche al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 14, raggiungere accordi per disciplinare attività di interesse comune. Il principio di atipicità caratterizza, quindi, sia gli accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento, sia gli accordi organizzativi.

Una situazione del genere rende, probabilmente necessaria una «rilettura» dell'art. 97 della Costituzione: il principio di atipicità degli accordi organizzativi è, infatti, tale da rendere sempre più labile la riserva relativa di legge con riferimento all'organizzazione degli uffici, codificata dalla norma costituzionale.

L'altro principio comune agli accordi organizzativi ed agli accordi procedimentali è quello in forza del quale non appare più, sempre, necessaria l'esistenza di un provvedimento che acceda all'accordo. Di un provvedimento non vi è necessità nell'ipotesi in cui si sia di fronte ad un accordo «sostitutivo», dal momento che, per definizione, tale accordo prende il posto del provvedimento (e si vedrà dopo come debba essere inteso, per tali accordi, il riferimento ai «casi previsti dalla legge»).

Ma di un provvedimento non vi è necessità anche per l'accordo organizzativo; l'art. 15 richiama, infatti, per tale figura, la disciplina dell'art. 11, secondo comma, secondo la quale gli accordi si concludono per atto scritto.

Ciò significa che gli accordi organizzativi si perfezionano per atto convenzionale; la relativa fattispecie non esige un provvedimento ulteriore che li approvi.

La sostanziale «indifferenza» rispetto al provvedimento si proietta

in qualche modo anche sugli accordi che riguardano la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento; se, infatti, tali accordi incidono direttamente sulla determinazione della discrezionalità, che è la sostanza dell'attività amministrativa, non può essere posto in dubbio il fatto che, in tale prospettiva, il provvedimento diventa meramente attuativo dell'accordo e non è più l'accordo ad essere esplicativo del provvedimento.

Se, in qualche modo, nell'esperienza precedente la compresenza di accordo e provvedimento registrava il primato del provvedimento, la nuova disciplina sembra realizzare una sorta di «degradazione» di quest'ultimo. E' questa «minusvalenza» del provvedimento che giustifica, d'altra parte, la posizione di un identico regime giuridico per gli accordi sostitutivi e per quelli determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento. Essi, infatti, hanno lo stesso regime quanto alla impugnabilità, quanto ai principi che li governano, quanto alla forma. Se questo è vero, la novità introdotta dalla disciplina generale sugli accordi contenuta nella legge 241/90 consiste nel fatto che gli accordi che prima accadevano al provvedimento occupano, adesso, la stessa area del provvedimento.

E' in questa ottica che risulta pienamente comprensibile la disciplina della seconda parte dell'art. 11, primo comma, che limita la possibilità di concludere accordi in sostituzione del provvedimento ai «casi previsti dalla legge». La norma non ha introdotto una nuova figura di accordo sostitutivo, ma ha posto una disciplina generale per tutte le ipotesi (già previste dalla legge o che da questa saranno previste) riconducibili alla categoria degli accordi sostitutivi, come descritta dallo stesso art. 11.

La norma, peraltro, ha posto, con riferimento alle ipotesi d'accordo già previste dalle leggi anteriori alla 241/90, anche un vero e proprio criterio interpretativo, nel senso che deve ritenersi ammissibile il ricorso allo strumento dell'accordo sostitutivo in tutti i casi in cui la legge abbia previsto una speciale e precipua capacità dello strumento convenzionale di disciplinare la fattispecie, e di definire il rapporto tra cittadino ed amministrazione.

Val quanto dire che potranno essere definite come «accordi sostitutivi» la cessione bonaria dell'immobile soggetto ad esproprio e la convenzione urbanistica; e che all'accordo sostitutivo può, ormai,

farsi ricorso anche per alcune concessioni nelle quali lo strumento convenzionale appare come il vero regolatore, non soltanto del rapporto tra concedente e concessionario, ma dello stesso esercizio del potere.

12. E', d'altra parte, in una ottica che vede nell'accordo uno strumento non più integrativo del provvedimento, ma un elemento costitutivo dell'agire amministrativo, che si giustifica la scelta operata dalla legge 241/90 di riservare alla giurisdizione esclusiva le controversie in materia di accordi. Essa trova la propria ragion d'essere nella circostanza che sono i soggetti dell'accordo che diventano i protagonisti della vicenda giurisdizionale. Lo strutturale collegamento, per gli accordi procedimentali, tra accordo e partecipazione consente di comprendere che le norme sulla partecipazione costituiscono anche una serie di norme sulle parti dell'accordo. La teoria della partecipazione pone anche la teoria della legittimazione a concludere accordi. Deriva da ciò che l'iniziativa nel proporre la formazione degli accordi non può essere riservata alle sole parti destinatarie degli effetti diretti della attività amministrativa. Se è vero che le proposte e le osservazioni possono essere avanzate non solo dai soggetti che sono i «terminali» dell'azione amministrativa, ma anche da quelli che intervengono (art. 10) e che non sono titolari dell'interesse dedotto nel rapporto, ciò significa che possono essere conclusi accordi su iniziativa di soggetti che pur non essendo «parti» in senso proprio, sono, in qualche modo, interessati al procedimento. Un accordo del genere potrebbe esser proposto da soggetti portatori di interessi diffusi, chiamati a partecipare al procedimento, e che potrebbero avere interesse a favorire una regolamentazione convenzionale con riferimento ad una fattispecie che, pur riguardando un interesse legittimo, finisce con l'incidere anche su interessi diffusi.

Negli accordi possono, pertanto, essere identificate parti necessarie e parti eventuali; negli accordi sostitutivi del provvedimento oppure determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento possono anche eventualmente essere previste forme soddisfattive dell'interesse generale o dell'interesse diffuso, corporativo o collettivo coinvolto

dalla fattispecie. E così, in un procedimento in cui siano intervenuti soggetti portatori di interessi diffusi, potrebbero essere proposti e conclusi accordi che, da una parte determinano una definizione consensuale dell'agire amministrativo, dall'altra identifichino - su istanza dei soggetti portatori di tali interessi - forme e strumenti di controllo sociale sul concreto modo di organizzare l'azione amministrativa.

13. Se dunque appare possibile concludere accordi ad istanza di soggetti che non costituiscono i destinatari diretti dell'azione amministrativa, è vero, però, che gli accordi non possono spiegare effetti nei confronti di chi non vi ha preso parte.

Nella disciplina degli accordi esiste una disposizione che rende palese tale situazione. Si tratta dell'art. 11, primo comma, della legge 241/90, alla stregua del quale gli accordi sono conclusi senza pregiudizio dei diritti dei terzi. Ad una prima approssimazione, la norma appare in qualche modo inutile perché non esiste, in realtà, un accordo che possa legittimamente pregiudicare i diritti dei terzi. Il problema, in realtà, non è quello del pregiudizio ma è, invece, quello dell'efficacia. Allora la norma deve essere intesa nel senso che l'accordo non può spiegare effetti nei confronti dei terzi. In tal modo viene introdotta una differenza rispetto all'esperienza del contratto, che normalmente ha effetto per i terzi quando la legge lo preveda.

Questo riconduce, in qualche modo, l'accordo alla dimensione del provvedimento; nel provvedimento c'è, infatti l'esperienza forte del provvedere in ordine ad un soggetto che è diretto destinatario degli effetti dell'azione amministrativa. Se l'accordo di cui all'art. 11 della legge 241/90 potesse avere effetti anche nei confronti dei terzi, questo tipo di accordo andrebbe probabilmente al di là dello schema del provvedimento e non potrebbe più essere configurato come un accordo sostitutivo del medesimo, o come determinativo del contenuto di esso, ma come un accordo che, rispetto al provvedimento, si manifesterebbe, in qualche modo, come *ultrativo*.

Si pone, poi, un problema di regime giuridico della fattispecie nel caso di accordo determinativo del contenuto discrezionale del

provvedimento. Ed infatti, a fronte di un accordo determinativo del contenuto discrezionale, si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili, come suggerisce l'art. 11, e soltanto quelli, oppure si applicano anche i principi generali in materia di attività amministrativa provvedimento, posto che in tale fattispecie esiste comunque un provvedimento? Si tratta, cioè, di stabilire se un provvedimento che eccede ad un accordo determinativo del contenuto discrezionale possa essere annullato o revocato dall'autorità amministrativa.

Probabilmente la risposta a tale quesito deve essere positiva (la presenza del provvedimento sarebbe, altrimenti, priva di significato); con l'avvertenza che il potere di annullamento o di revoca deve essere visto come un potere, in qualche modo, *legato*; nel senso, cioè, che l'annullamento può essere disposto in relazione a profili di legittimità dell'accordo e che la revoca può aver luogo non tanto per una unilaterale valutazione di inopportunità, in qualche modo sopravvenuta, ma per un mutamento obiettivo delle condizioni che avevano dato luogo all'accordo tra le parti.

14. Le norme contenute nella legge 241/90 pongono, poi, un reale problema di tutela. La legge 241/90 affida sia gli accordi procedurali che quelli organizzativi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Esistono però dei casi in cui la tematica sottesa dall'accordo fuoriesce dall'ambito della giurisdizione esclusiva; ciò si verifica, in particolare, con riferimento agli accordi organizzativi, perché gli accordi organizzativi, traducendosi in modello di organizzazione o di proceduralizzazione dell'attività amministrativa, hanno rilevanza non solo fra le parti, ma anche nei confronti dei terzi, perché divengono un modulo organizzativo al quale occorre fare riferimento. In quel caso, l'impugnazione dell'accordo da parte dei terzi dovrà essere affidata alla giurisdizione di legittimità e non alla giurisdizione esclusiva.

15. Alla fine di questa veloce disamina dell'esperienza degli accordi, occorre chiedersi quale significato debba essere attribuito al principio di consensualità nell'azione amministrativa così come esso è stato introdotto dalla legge 241/90. Qui si è di fronte a due possibili letture. Si può accedere ad una lettura, per così dire, riduttiva alla stregua della quale la consensualità è la conseguenza dell'efficienza. Può, invece, accedersi ad una lettura di tipo «forte» del principio di consensualità. In questa prospettiva, l'accordo introduce un mutamento non soltanto nel modo concreto di dispiegarsi nell'azione amministrativa, ma nel modo stesso di *essere dell'amministrazione*. Se, infatti, la radice dell'accordo sta nella partecipazione, allora il fondamento dell'*amministrazione per accordi* sta nel principio democratico ed il principio democratico diviene lo strumento per realizzare un'amministrazione partecipata nei suoi risultati, e non soltanto nelle sue modalità di svolgimento.

L'amministrazione consensuale registra, in qualche modo, la rottura di un tradizionale schema liberale; la rottura, cioè, di quello schema secondo cui apparati pubblici e società civile sono e devono rimanere separati e sono entrambi regolati solo dalla legge o dal provvedimento amministrativo. L'apparato amministrativo viene riconosciuto come il monopolista dell'interpretazione dei bisogni della società civile ed il rapporto tra questo e la società civile è regolato solo dalla legge e dall'atto amministrativo. Questa situazione di separazione ha fine con l'amministrazione consensuale; amministrazione e società civile si ritrovano insieme nella elaborazione comune della regola del caso concreto, nella identificazione comune dell'interesse generale. La cultura dell'amministrazione per accordi è, così, una cultura che, in qualche modo, presuppone una logica della responsabilità, e precisamente una logica di responsabilità dell'amministrazione, ma anche di responsabilità del cittadino.

Più precisamente, l'amministrare per accordi presuppone una cultura, per quanto riguarda l'amministrazione, in cui l'apparato di governo deve sempre più presentarsi in forma di autogoverno, e sempre meno in forma di apparato; essa, esige, però, che l'intervento del cittadino si presenti sempre più come volto a darsi carico di un

interesse più generale piuttosto che come interessato esclusivamente a conseguire un vantaggio. In questo senso, il discorso sull'amministrazione per accordi postula anche il superamento di una certa nozione di interesse pubblico, e di una idea astratta di interesse generale.

Attraverso gli accordi, il procedimento amministrativo diviene non più il luogo dove, in maniera astratta, viene elaborato l'interesse generale (che spesso, in realtà, può celare anche un interesse obliquo e non trasparente) ma il luogo in cui viene selezionato quell'interesse del singolo, quell'interesse del privato, che incarna il modo concreto di realizzare l'interesse pubblico in un certo momento storico.

Per far ciò occorre, naturalmente, modificare il modo stesso di considerare l'interesse pubblico. Forse è questa l'operazione più difficile perché le vicende che i nostri tempi registrano favoriscono, piuttosto, una cultura autoritativa del controllo e forme di amministrazione provvedimentale. A fronte di ciò, occorre, invece, ribadire che l'amministrazione consensuale è alla fine la vera amministrazione della trasparenza, la vera amministrazione della chiarezza. Dietro la questione della consensualità dell'azione amministrativa, c'è, infatti, la questione stessa della democrazia nell'amministrazione.

I PROBLEMI ATTUATIVI DELLA LEGGE 241/90

Ignazio Francesco Caramazza

I. Premessa

La presente relazione ha per oggetto la verifica sperimentale dei problemi attuativi della legge sul procedimento amministrativo - in particolare per quanto concerne gli istituti della democrazia amministrativa - quali si sono presentati all'Avvocatura dello Stato nel corso della sua attività di istituto.

Prima ancora di procedere a tale descrizione converrà però notare come il primo impatto con la legge 241/90 sia stato ancora più diretto e riguardi l'Avvocatura come soggetto pubblico destinatario, sia dal punto di vista della sua attività professionale che da quello della sua struttura amministrativa.

Dal primo punto di vista il problema viene in rilievo con riferimento all'attività consultiva. L'art. 16, primo e sesto comma, della legge 241/90 prevede, infatti, in generale una accelerazione della attività consultiva, ritenuta meritevole della adozione di procedure d'urgenza, ed in particolare un termine perentorio entro il quale debbono essere resi i pareri obbligatori. L'Avvocato Generale dello Stato ha quindi diramato una circolare con cui richiamava l'attenzione degli avvocati e procuratori dello Stato sulla necessità di rendere entro i novanta giorni i pareri obbligatori (i pareri in tema di proposizione di liti e resistenza nelle medesime, transazioni, riserve dell'appaltatore, libertà e proprietà di immobili, inesigibilità di crediti, affrancazione di canoni enfiteutici). Si è resa inoltre necessaria una riorganizzazione dei servizi amministrativi perché venisse accelerato l'iter degli affari consultivi, con previsione di una corsia preferenziale per i pareri obbligatori.

Al di là dell'impatto ora descritto, vi è stato poi l'impatto più diretto che con la legge 241/90 ha avuto l'Avvocatura dello Stato come amministrazione. Nell'istituto, infatti, quale apparato servente dell'attività consultiva e contenziosa svolta dal personale togato, vi è

una vera e propria struttura amministrativa di supporto suddivisa su ventisei sedi, con immobili da gestire, capitoli di bilancio da amministrare, contratti da stipulare, stipendi da erogare, concorsi da bandire, assunzioni di personale, promozioni, trasferimenti da effettuare, procedimenti disciplinari da svolgere e così via, con una forza di circa mille unità.

Una struttura amministrativa, quindi, nei cui confronti la legge sul procedimento ha un suo campo di operatività non marginale.

Anche in questa sede è stato necessario operare per adeguare le strutture alle nuove esigenze e sono stati così predisposti gli schemi di regolamento per la individuazione delle strutture organizzative ed i tempi dei procedimenti a norma degli articoli 2 e 4 della legge; sono state date disposizioni per rendere effettive le norme in materia di autocertificazione; sono state date istruzioni per rendere effettiva la disponibilità delle copie dei documenti richieste in sede di esercizio del diritto di accesso.

A parte il duplice impatto diretto ora descritto l'Avvocatura dello Stato ha avuto comunque modo di affrontare i problemi attuativi della legge sul procedimento nella sua consueta posizione di osservatorio privilegiato sull'accidentato panorama del contenzioso pubblico.

Osservatorio privilegiato perché l'assoggettamento dello Stato come potere al giudizio rappresenta, nell'evolvere delle sue regole, un indicatore quanto mai sensibile del punto di equilibrio fra principio di libertà e principio di autorità; punto di equilibrio mobile nell'evolversi della concezione del diritto, nel progredire della società e nel mutare dello Stato.

Quando, come nel nostro ordinamento, che in questo aspetto si presenta con caratteri di assoluta originalità, la difesa dello Stato sia affidata ad un organo tecnico che assume in forma organica ed esclusiva la rappresentanza e l'assistenza in giudizio del pubblico potere, ebbene tale organo diviene direttamente partecipe del processo di determinazione di tale equilibrio nel suo continuo evolvere.

La creazione di un organo tecnico distinto dall'amministrazione parte in causa, e però incardinato nell'organizzazione statale, lo rende infatti particolarmente sensibile al divenire dell'esperienza giuridica e partecipe della sua costruzione, in quanto i segnali che riceve e trasmette percorrono due canali privilegiati: quello esteriore e

professionale del concorso alla formazione del diritto vivente attraverso la dialettica del contenzioso e quello interiore ed istituzionale dell'appartenenza all'organismo statale, da cui riceve e cui può trasmettere, soprattutto attraverso l'attività consultiva, impulsi idonei a meglio comprendere il continuo divenire della società e favorire l'adeguamento ad esso dell'attività statale.

L'esperienza giuridica dell'Avvocatura dello Stato riflette dunque le grandi crisi di trasformazione attraversate dal diritto, dalla società, dallo Stato.

Orbene, la legge 241/90 marca indubbiamente un momento di passaggio da uno ad altro tipo di civiltà, marca una grande crisi di trasformazione, la transizione dalla civiltà del segreto alla civiltà della trasparenza: particolarmente significativi, quindi, i relativi segnali captati.

Un primo dato puramente numerico ci rivela che nei due anni e mezzo circa di vigenza della legge 241/90, non sono stati impiantati più di una quarantina di affari sia consultivi che contenziosi in materia: ed il computo pecca per una certa larghezza, in quanto sono stati considerati anche dei casi un po' anomali come quelli in cui, in sede di ricorso *ex art. 28* dello Statuto dei lavoratori, si lamentava come comportamento antisindacale il comportamento dell'amministrazione che aveva rifiutato l'accesso ad atti e documenti o le denunce penali *ex art. 328*, secondo comma, del codice penale contro funzionari pubblici.

Per valutare quale sia la rilevanza statistica del fenomeno sulla totalità del contenzioso amministrativo e del consultivo ad esso correlato in carico all'istituto, occorre considerare che, nello stesso arco di tempo, sono affluiti all'Avvocatura dello Stato circa quarantamila nuovi affari consultivi o contenziosi. Quindi i casi in cui è venuta in discussione la legge sul procedimento sono stati meno dell'uno per mille.

Se poi cerchiamo di disaggregare il dato, vediamo come la maggior parte di essi riguardi la sede romana e sia stata sollevata da associazioni di utenti e di consumatori e non da singoli individui.

La quasi totalità di questi quaranta affari, poi, riguarda il diritto all'accesso; qualche caso marginale riguarda la partecipazione, mentre non è dato rilevare alcuna questione relativa

all'amministrazione concertata. Sull'amministrazione concertata, dunque, «l'elettroencefalogramma è piatto», con l'unica eccezione di una sentenza di Cassazione che affronta peraltro il problema in sede di *obiter dicta*.

Si tratta della sentenza della I Sezione, n. 4572 del 1992, la cui massima recita: «nell'ambito dell'amministrazione partecipata o per consenso il contratto di diritto pubblico ricorre quando la pubblica amministrazione disciplina gli aspetti patrimoniali di un rapporto ad oggetto pubblico dove il momento discrezionale della funzione si è già esternato in un provvedimento rispetto al quale il negozio si trova, di regola, in un rapporto di accessorialità od ausiliarità; il modulo convenzionale nel procedimento amministrativo si realizza invece ogni qualvolta funzionari e privati si siedono intorno ad un tavolo e discutono sul possibile contenuto del provvedimento da adottare; pertanto, mentre il contratto si pone come fonte autonoma di disciplina del rapporto, o di un aspetto di esso, ed è autonomamente impugnabile, il modulo convenzionale non raggiunge la stessa autonomia giuridica perché l'unica fonte di regolamentazione del rapporto rimane il provvedimento amministrativo».

La decisione riguarda vecchie convenzioni urbanistiche e soltanto occasionalmente, dunque, cita la legge 241/90 ed il caso di amministrazione concertata che in esso è previsto.

Per il resto non è dato rilevare nell'esperienza giuridica concreta dell'Avvocatura alcuna applicazione di quell'istituto di democrazia amministrativa che è l'amministrazione concertata o concordata, previsto dalla legge che stiamo esaminando.

Pur rimanendo nei limiti doverosi del sano empirismo a cui questa relazione deve attenersi, sembra comunque necessario tentare di dare un'interpretazione di questa singolare situazione, di questa «non risposta» della esperienza giuridica concreta alle innovazioni legislative.

La singolarità di tale reazione deriva probabilmente dal fatto che l'innovazione è troppo profonda ed ha dunque bisogno di un breve periodo per essere assimilata e tradotta in esperienza concreta.

Dei tre istituti di democrazia amministrativa introdotti il più facilmente recepito, pur nei modesti limiti sopra indicati, è stato dunque l'istituto dell'accesso.

Questo, crediamo, per varie ragioni: innanzitutto, perché i principi fondamentali sull'accesso avevano già cominciato a penetrare nella nostra giurisprudenza attraverso coraggiose sentenze innovative del giudice amministrativo; in secondo luogo, perché il principio della trasparenza aveva cominciato a farsi conoscere dall'opinione pubblica attraverso i mezzi di comunicazione di massa; infine, perché dei tre istituti di democrazia amministrativa introdotti dalla legge 241/90, l'accesso è quello meno rivoluzionario. Questo anche perché l'originario progetto Nigro, che prevedeva un diritto di accesso esteso a tutti e quindi in funzione strumentale ad un diritto di informazione, è stato, in questo, «ammorbido» in sede governativa, prima, e parlamentare poi.

A differenza, infatti, di quanto accade, ad esempio, negli Stati Uniti o in Francia dove il titolare del diritto di accesso è «chiunque», nel nostro ordinamento, ai sensi della legge 241/90, il titolare del diritto di accesso non è «chiunque» ma solo «chi vi abbia interesse per la tutela di una situazione giuridicamente rilevante».

La parte della legge relativa all'accesso era, quindi, quella, tutto sommato, meno innovativa introdotta dalla normativa in esame, che, nel disciplinare in maniera organica, per la prima volta nella storia italiana, il procedimento amministrativo, gli ha riconosciuto un nuovo e fondamentale ruolo nell'operare pubblico.

Il procedimento non è più, infatti, come all'origine della sua storia dogmatica, concepito in funzione servente dell'atto che ne costituisce il prodotto, né (o non più soltanto) come forma di esercizio dell'autorità - o sua «epifania» - per garantire il corretto svolgersi della funzione, ma costituisce ormai sostanza di organizzazione dell'azione pubblica, non più sorretta dal principio di autorità, ma regolata da quelli di pluralismo, consenso, partecipazione.

Alla crisi di un principio di legalità correlato all'esercizio di una pubblica funzione, corrisponde, infatti, l'affermarsi di un principio consensuale che presiede all'erogazione di pubblici servizi nella nuova società ispirata a principi consociativi e partecipativi. Di qui gli spazi concessi all'autonomia, al decentramento funzionale, alla partecipazione, in quella che se non è generalizzata «fuga nel privato» è però sicuramente una «fuga dall'autorità».

Nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale e da questo a

quello postmoderno, l'azione amministrativa si estende fino a penetrare le più intime connessioni del tessuto sociale, abbandonando il modulo provvedimentale per adottare quello normo-produttivo (non di rado preceduto dalla contrattazione del contenuto della norma con le parti sociali), quello per indirizzi e quello per accordi. Orbene, se nell'utilizzazione del primo modulo la partecipazione risponde ad una scelta politica, nell'utilizzazione degli altri due essa risponde, invece, ad una esigenza logica e funzionale, rappresentando il procedimento il luogo in cui si identificano gli interessi coinvolti, da apprezzare d'intesa con i loro portatori¹.

Superfluo sottolineare quanto radicale sia l'innovazione introdotta dalla legge 241/90 e come sia quindi perfettamente comprensibile il ritardo di risposta della coscienza sociale.

2. L'esperienza di istituto: osservazioni generali

Una prima notazione di carattere generale riguarda la liberalità dell'approccio adottato dall'istituto nel consigliare le amministrazioni nella fase di prima applicazione della legge, durante la quale la resistenza dell'amministrazione era fortissima.

In particolare, durante il periodo nel quale non era ancora efficace la normativa del capo V sull'accesso per mancata adozione dei regolamenti attuativi di cui all'art. 24 della legge stessa, l'Avvocatura, in sede di parere, pur rilevando il problema di diritto intertemporale, ha sempre suggerito alle amministrazioni, sul piano della concreta opportunità, di tener presente lo spirito della legge anche se non ancora efficace in materia e quindi di tenerne conto, aprendo alla visione e all'estrazione di copia degli interessati tutta la documentazione per cui non sorgessero dubbi di segretezza o di riservatezza. Tale atteggiamento, è stato naturalmente confermato dopo l'adozione del regolamento n. 352/92, a seguito del quale si sono invitate tutte le amministrazioni che chiedevano parere in

¹ Cfr. I.F. CARAMAZZA, *Interesse legittimo e procedimento*, in *Il Procedimento amministrativo tra riforma legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 52.

proposito ad aprire i loro archivi alla visione dei privati.

In sede contenziosa, naturalmente, l'istituto ha assolto al suo compito di difesa in giudizio dell'atto impugnato, cercando di contenere tutte quelle che erano le spinte verso indebite dilatazioni del diritto di accesso: un accesso che soprattutto molte associazioni tendevano a funzionalizzare ad un più generalizzato diritto all'informazione e ad una sorta di inammissibile controllo parapolitico dell'attività della pubblica amministrazione.

Sempre restando in termini generali e passando al versante della giurisprudenza si può osservare che c'è stata una notevole iniziale apertura da parte di alcuni tribunali amministrativi regionali, seguita da vivaci contrasti giurisprudenziali risolti, infine, dalle caute decisioni del Consiglio di Stato che si è mosso con estrema prudenza, come nella sua tradizione, cercando di ponderare i diritti nascenti dalla nuova normativa con le esigenze della pubblica amministrazione.

3. L'esperienza di istituto. Rassegna di giurisprudenza: a) Generalità e problemi di diritto intertemporale

Passando in particolare alle problematiche sollevate dalla legge 241/90 in sede contenziosa, va rilevato, in via preliminare, che la produzione giurisprudenziale dei TAR e del Consiglio di Stato - date le difficoltà e i ritardi nell'attuazione della legge mediante la disciplina regolamentare - si è trovata per lo più a dover affrontare problemi di diritto intertemporale attinenti all'immediata azionabilità dell'art. 25 sia in relazione al diritto di accesso, di cui agli artt. 22 e ss., che al diritto di visione degli atti del procedimento, di cui all'art. 10.

Nell'intervenuto dibattito giurisprudenziale, tuttavia, il giudice amministrativo si è dovuto necessariamente soffermare su diverse problematiche inerenti al diritto di accesso, fornendo, in tal modo, interessanti spunti ed indicazioni - come si vedrà nel prosieguo dell'esposizione - su tematiche centrali quali: la natura giuridica sia del diritto di accesso che della situazione giuridicamente rilevante che

ne è il fondamento; il rapporto tra partecipazione e accesso; i limiti alla facoltà di differimento dell'accesso conferita alla pubblica amministrazione dall'art. 25, terzo comma; l'applicabilità della normativa in esame agli enti pubblici economici. Problematiche sulle quali, peraltro, si attendono, una volta superati definitivamente i problemi strumentali di operatività della normativa, nuovi e più approfonditi chiarimenti insieme con quelli sul contenuto e sui limiti del diritto di accesso. Questioni entrambe fino ad oggi trascurate.

Prima di esaminare i primi interventi giurisprudenziali immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge 241/90, va preliminarmente rilevato, in via generale, come la gran parte delle *actiones ad exhibendum* ex art. 25 siano per lo più sollevate da associazioni di categoria (di consumatori, di utenti di pubblico servizio, di categorie professionali) solo raramente affiancate dal singolo interessato, mentre i ricorsi individuali muovono da istanze di accesso relative a limitate settori dell'azione amministrativa, in particolare, nella materia concorsuale. Relativamente ricca è infatti la giurisprudenza sulle richieste di visione degli elaborati e dei verbali delle commissioni di concorso, trattandosi di materia amministrativa più vicina alla sensibilità dei cittadini ed oggetto delle ordinanze istruttorie dei TAR già prima dell'entrata in vigore della legge 241/90.

Fin dalle primissime pronunce in tema di diritto di accesso emerge, inoltre, un atteggiamento più liberale della giurisprudenza di merito a fronte di un orientamento più rigoroso e, in definitiva, più cauto del Consiglio di Stato. Così accanto a poche pronunce, quasi esclusivamente del TAR Lazio, che dichiarano inammissibile *tout court* il ricorso al TAR ex art. 25 della legge 241/90, in quanto azionato prima dello scadere del termine semestrale previsto dall'art. 24, secondo comma, della stessa legge, altre decisioni, quasi esclusivamente di TAR periferici, hanno ammesso la possibilità di ricorrere ex art. 25 anche se solo per quei «diritti di accesso» che trovino un fondamento sostanziale diverso dagli artt. 22-24 della legge 241/90, riferendosi, in tal modo, al diritto di accesso alle informazioni in materia di ambiente ex art. 14 della legge 916/85 (così TAR Sicilia, Catania, II, 9 aprile 1991, n. 118) e al diritto di accesso «partecipativo», attribuito a chi è legittimato a partecipare al procedimento da altre norme della legge 241/90 di cui agli artt. 7 e 10

(in tal senso, TAR Lombardia, Sez. Brescia, 26 marzo 1991, n. 268; TAR Lombardia, Sez. Brescia, 27 novembre 1991, n. 905). Il rinvio operato dall'art. 31 ai decreti attuativi menzionati nell'art. 24 - si legge nelle decisioni appena richiamate -, pur differendo l'efficacia delle norme sul diritto di accesso ai documenti amministrativi, non impedirebbe, peraltro, l'operatività dello speciale rimedio processuale dato dall'art. 25 per la ben diversa ipotesi del diritto di visione degli atti del procedimento conferito ai legittimati ad intervenire ai sensi degli artt. 9 e 10 della legge in esame.

Scaduto il termine semestrale previsto dall'art. 24 per l'emanazione dei decreti (o del decreto) governativi(o) i giudici amministrativi sono stati chiamati ad affrontare il problema della mancata attuazione della norma successivamente a tale scadenza.

Argomentando dalla qualificazione del termine di emanazione dei regolamenti come perentorio per il Governo e dalla natura di diritto soggettivo pieno dell'accesso, alcune decisioni di merito (in particolare TAR Toscana, I, 19 settembre 1991, n. 442; TAR Lazio, II bis, 1° giugno 1992, n. 1423), hanno ritenuto l'ammissibilità del ricorso ex art. 25 anche se proposto prima della scadenza dei sei mesi, purché andato in decisione successivamente. Del tutto irrilevante ai fini della tutela giudiziale del diritto di accesso sarebbe, secondo le pronunce appena richiamate, la mancata emanazione del decreto sulle modalità di esercizio e sui casi di esclusione del diritto di accesso, essendo quella situazione giuridica configurata dalla legge sul procedimento come un diritto soggettivo «il cui esercizio - pena la sostanziale vanificazione del diritto di difesa in riferimento all'art. 24 Cost. - non può essere indeterminatamente subordinato oltre il periodo di quiescenza, disposto dal legislatore, alla produzione di un'ulteriore normativa secondaria di esecuzione». In difetto dei decreti di cui all'art. 24 spetterà, dunque, all'amministrazione o, eventualmente, al giudice amministrativo, verificare caso per caso se alla richiesta di documenti da parte dell'interessato osti o meno uno o più limiti al diritto stesso tra quelli elencati nel secondo comma dell'art. 24.

Il prevalente orientamento della giurisprudenza, specie del Consiglio di Stato, resta, peraltro, pur dopo lo scadere del termine semestrale previsto per l'emanazione della normativa di secondo

grado, nel senso della inammissibilità dello speciale rimedio disciplinato dall'art. 25 della legge 241/90 (così TAR Lazio, III, 21 marzo 1991, n. 392; TAR Salerno, 12 novembre 1991, n. 349; Cons. di Stato, IV, ord. 14 giugno 1991, n. 615; Cons. di Stato, 27 marzo 1992, n. 193). Pur continuando ad ammettere la possibilità di ottenere la visione dei documenti amministrativi in base ad altro titolo (per esempio, diritto di visione *ex art. 10* della legge 241/90), ritiene tale giurisprudenza, in accoglimento delle tesi difensive dell'amministrazione, che la normativa in tema di accesso, in mancanza dei regolamenti attuativi, non possa ritenersi operante. Il passaggio disposto dalla legge sul procedimento da un ordinamento fondato sul segreto ad altro ordinamento la cui regola è data dalla trasparenza amministrativa - osserva in particolare il Consiglio di Stato, nel motivare tale orientamento - renderebbe indispensabile una mediazione tra i due momenti temporali costituita dall'emanazione di atti organizzativi e discrezionali interni all'amministrazione e, comunque, non surrogabili dall'intervento del giudice in relazione alla salvaguardia degli interessi fondamentali per l'ordinamento indicati nel secondo comma dell'art. 24. Rinviare la piena operatività della normativa sull'accesso all'adozione della disciplina attuativa, del resto, non inciderebbe - come invece sostenuto dalla giurisprudenza di merito prima esaminata - sulla qualificazione come diritto soggettivo del diritto di accesso, riducendolo a mero diritto civico da tutelare alla stregua di un interesse legittimo. Qualificazione della situazione soggettiva tutelata ed individuazione del momento temporale di efficacia attengono, in definitiva, a profili diversi, tali da non interferire l'uno con l'altro (Cons. di Stato, 21 novembre 1992, n. 969).

L'emanazione del «regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi» (d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352) in attuazione dell'art. 24 della legge 241/90, non ha peraltro posto fine, come ci si aspettava, ai dubbi circa l'immediata operatività del diritto stesso.

L'art. 13 del menzionato d.P.R., invero, introducendo una nuova disciplina transitoria, sembra avere ulteriormente rinviato la piena operatività del capo V della legge 241/90 all'adozione dei regolamenti ministeriali concernenti le categorie di documenti da sottrarre

all'accesso (quelli disciplinati dal quarto comma dell'art. 24), prevedendo inoltre che, nelle more, l'amministrazione potrà opporre il diniego alla richiesta di accesso solo con provvedimento motivato del ministro o dell'organo che ha la rappresentanza dell'ente diverso dallo Stato, in relazione alle esigenze di salvaguardia degli interessi di cui all'art. 24, secondo comma, della legge 241/90.

Con decisione del 21 novembre 1992, n. 969, la IV sezione del Consiglio di Stato, nonostante l'emanazione del predetto regolamento, ha infatti respinto il ricorso in appello proposto *ex art. 25* dichiarandolo inammissibile, argomentando dalla mancata entrata in vigore dei regolamenti previsti dall'art. 24, quarto comma. Richiamandosi a quanto già espresso in sede consultiva - nel parere espresso in relazione allo schema di regolamento sulle modalità di esercizio del diritto di accesso - il Consiglio di Stato torna qui a sottolineare che il legislatore del 1990, per dare concreta ed effettiva attuazione al diritto di accesso, ha delineato un particolare sistema di produzione normativa «a cascata», diversificato su più livelli, e ciò in perfetta coerenza con quella tecnica di «normazione sulla normazione» adottata con riguardo ad altri istituti della legge sul procedimento (per esempio, per i termini e per il responsabile del procedimento).

Nel caso specifico del diritto di accesso, accanto alla disciplina contenuta nella legge 241/90, l'art. 24 individua una duplice fonte regolamentare, governativa e delle singole amministrazioni. La prima, già attivata con il d.P.R. 352/92, afferente alle modalità di esercizio ed ai casi di esclusione; la seconda, che dovrebbe essere attivata nel termine annuale di cui all'art. 13 del suddetto d.P.R., relativa all'individuazione delle categorie di documenti da sottrarre all'accesso.

L'art. 31 della legge 241/90, sostiene il Consiglio di Stato nella decisione da ultimo citata, nel subordinare l'efficacia delle norme sull'accesso alla data di entrata in vigore dei decreti di cui all'art. 24, si sarebbe pertanto riferito «a tutti i regolamenti previsti da quella norma, sia governativi che ministeriali» avendo il legislatore operato un riferimento globale all'intera disposizione e non specifico ai decreti di cui al comma secondo della stessa norma (negli stessi termini anche TAR Lazio, III, n. 1272 del 1992).

Strettamente connesso alle problematiche appena esposte è l'altro tema, anche esso affrontato fin dalle prime decisioni sulla legge 241/90, del rapporto tra il diritto di visione sugli atti del procedimento e il diritto di accesso disciplinato dal successivo capo V. Problema, questo, affrontato dai giudici amministrativi con riferimento a quello relativo alla possibilità di estensione del rinvio di efficacia operata dall'art. 31 anche al diritto di visione disciplinato nel precedente capo della legge.

La giurisprudenza di merito (v. TAR Brescia, 26 marzo 1991, n. 268) tende a sottolineare la sostanziale differenza tra il diritto di prendere visione degli atti del procedimento di cui all'art. 10 ed il generale diritto di accesso previsto dall'art. 22, la cui disciplina attende di esser completata da successivi regolamenti di attuazione.

Se quest'ultimo è stato introdotto dal legislatore al fine di assicurare la conoscibilità e la trasparenza dell'azione amministrativa e per favorirne lo svolgimento imparziale, il diritto di visione ex art. 10 è riservato a chi sia direttamente interessato al procedimento in quanto soggetto nei confronti del quale il provvedimento finale è destinato a produrre i suoi effetti. Peraltro le stesse decisioni che riconoscono la diversità di fondo dei due istituti affermano, poi, che il legislatore della legge 241/90 avrebbe apprestato per entrambi la medesima tutela giudiziale (quella di cui all'art. 25).

Se così non fosse, mentre sarebbe riconosciuta al «chiunque» dell'art. 22 una tutela adeguata e celere, la stessa verrebbe illogicamente negata ai soggetti direttamente coinvolti in un procedimento amministrativo e destinatari dell'atto conclusivo di questo, realizzando un'irrazionale disparità di trattamento.

Aderendo a tale indirizzo giurisprudenziale, altre decisioni (TAR Lazio, II, 9 dicembre 1991, n. 1892; TAR Sicilia, Catania, II, 9 aprile 1991, n. 118; TAR Lombardia, Brescia, 26 marzo 1991, n. 268) hanno il merito di precisare che il ricorso di cui all'art. 25 ha una portata più ampia rispetto alla sede legislativa in cui è collocato, essendo espressione di un istituto di carattere generale che è quello dell'azione per l'accertamento e la dichiarazione di un obbligo dell'amministrazione nel caso di silenzio-rifiuto di questa.

A conferma dell'atteggiamento più rigoroso del Consiglio di Stato, la decisione n. 630 del 9 settembre 1992 perviene invece all'opposta

conclusione della inoperatività dello stesso art. 10 stante il condizionamento - da stendere anche a tale norma - operato dall'art. 31. Il diritto a prendere visione degli atti del procedimento - argomenta il Consiglio di Stato in senso opposto alla giurisprudenza di merito - si configura come il medesimo diritto di accesso ai documenti amministrativi tutelato dall'art. 25 della legge 241/90, analoga essendo la ratio del riconoscimento di tali diritti, di visione e di accesso, da individuarsi nella trasparenza e nello svolgimento imparziale della pubblica amministrazione, nel procedimento e fuori da esso.

4. *Segue:* b) Natura del «diritto di accesso» e della «situazione giuridicamente rilevante»

Come si è già visto, in alcune pronunce il giudice amministrativo era partito dalla qualificazione del diritto di accesso come diritto soggettivo per affermare l'impossibilità di subordinarne l'esercizio all'emanazione dei decreti attuativi oltre il periodo di quiescenza disposto dal legislatore. Peraltro il Consiglio di Stato non ha mancato di precisare che l'adozione della normativa regolamentare non incide in alcun modo sulla qualificazione della posizione soggettiva tutelata (come diritto civico, tutelato alla stregua di un mero interesse legittimo ovvero come un diritto soggettivo pubblico) ma vale solo ad identificare positivamente il momento temporale di efficacia della legge (v. Cons. di Stato, VI, 27 marzo 1992, n. 193; in tal senso anche TAR Lazio, III, 10 ottobre 1992, n. 1272). In dottrina, poi, non è mancato chi ha ritenuto di qualificare il diritto di accesso come interesse legittimo, argomentando, in proposito, sia dal fine avuto di mira dal legislatore della legge 241/90, ossia dal principio di buon andamento della pubblica amministrazione, sia dalla facoltà riconosciuta a quest'ultima di riferire l'accesso del richiedente ai sensi dell'art. 24, sesto comma, legge 241/90².

² In tal senso cfr. G. PALEOLOGO, *La legge 1990 n. 241: procedimento amministrativo ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, n. 1, 8 ss..

In alternativa alle contrapposte configurazioni del diritto di accesso fin qui esaminate, si pone l'isolata pronunzia del TAR Lombardia, n. 13 del 1993, secondo cui il «diritto» riconosciuto dall'art. 22, primo comma, della legge 241/90 si collocherebbe al di fuori della tradizionale distinzione - peraltro in via di superamento - tra diritto soggettivo e interesse legittimo, qualificandosi come «un potere d'azione [...] non già per la protezione di un interesse individualistico, ma per il controllo giudiziale circa la legittimità dell'azione amministrativa».

Tale orientamento, peraltro, non sembra in linea con lo spirito della legge sul procedimento che, ricollegando il diritto di azione alla titolarità di un interesse giuridicamente rilevante, esclude la configurabilità di un'azione popolare.

Più complessa appare, invece, la questione relativa all'individuazione dell'esatta consistenza della «situazione giuridicamente rilevante» individuata dall'art. 22 della legge 241/90 come presupposto per l'istanza di accesso. Si registra in proposito un generalizzato tentativo, da parte dei privati interessati, di forzare il dettato normativo avanzando richieste di accesso ai documenti amministrativi basate su di un interesse alla visione o al rilascio quanto mai «evanescente». Tentativo peraltro immediatamente scoraggiato dal giudice amministrativo il quale ha chiarito come il legislatore della legge 241/90, ricollegando l'interesse all'accesso alla tutela di «situazioni giuridicamente rilevanti» non ha inteso introdurre alcun tipo di azione popolare (v. Cons. di Stato, VI, 27 marzo 1992, n. 193).

Pertanto il diritto di accesso agli atti della pubblica amministrazione è consentito solo a coloro ai quali gli atti stessi direttamente o indirettamente pertengono e che se ne possono eventualmente avvalere per la tutela di una posizione soggettiva differenziata e qualificata almeno come interesse legittimo.

Di qui alcune decisioni di inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* da parte di associazioni di categoria o di titolari di interessi diffusi nonché, sembrerebbe doversi concludere, anche se non vi sono state ancora pronunce su tale punto, di titolari di interessi amministrativamente protetti, anche se in relazione a questi ultimi sarebbe auspicabile una soluzione più liberale (v. Cons. di Stato sopra

richiamato; nonché TAR Lombardia, Sez. Brescia, 7 novembre 1991, n. 809, che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso *ex art. 25* proposto dall'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili (Anmic) per l'accesso a tutte le richieste di collocamento obbligatorio presso aziende private sulla base del difetto, in capo all'Anmic, di una specifica posizione legittimante che non fosse l'indistinto e generico intento di verificare la corretta applicazione della legge sul collocamento).

Diversamente la decisione del TAR Lazio, II, 1° giugno 1992, n. 1423, ha riconosciuto l'ammissibilità del ricorso del Codacons per il rilascio da parte della SIP e del Ministero delle Poste dei documenti riguardanti l'aumento delle tariffe telefoniche, con ciò riconoscendo un interesse giuridicamente rilevante del Codacons, che coordina le associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori, nel caso di specie.

Come si è già osservato, una serie di decisioni dei TAR e del Consiglio di Stato sono state occasionate dalle istanze di accesso di soggetti partecipanti a pubblici concorsi ai verbali della commissione nonché agli elaborati propri o di altri partecipanti.

In merito la giurisprudenza appare divisa tra i TAR che ammettono l'accesso a quei documenti «che concernono personalmente il ricorrente» (v. TAR Toscana, III, 28 gennaio 1992, n. 22) e quelli che estendono l'ordine di rilascio anche agli atti concorsuali relativi a concorrenti diversi dal ricorrente (v. TAR Sicilia, Catania, III, 2 aprile 1992, n. 209).

In relazione alla necessaria allegazione dell'interesse giuridicamente rilevante connesso all'oggetto della richiesta di accesso, previsto dall'art. 22 della legge 241/90 e dall'art. 3 del decreto attuativo (d.P.R. 352/92), va segnalata la recente impugnativa, da parte del Codacons, dell'art. 3, secondo comma, del predetto regolamento governativo.

Invocando un cambiamento della giurisprudenza amministrativa appena richiamata, lamenta il ricorrente che, in tal modo, dovendo il richiedente attestare la titolarità almeno di un interesse legittimo, verrebbero escluse dalla tutela *ex art. 22* e ss. della legge 241/90 tutte quelle situazioni di interesse non parimenti qualificate, ovvero di diritto, non direttamente coinvolte dal documento richiesto. In attesa

della decisione del TAR sembra opportuno richiamarsi alla coerenza dell'attuale orientamento del Consiglio di Stato sottolineando le differenze - desumibili da un'attenta e sistematica lettura della legge 241/90 - tra «accesso», partecipazione al procedimento (che è consentito ai titolari di interessi diffusi ma è cosa diversa dall'accesso ai documenti inerenti a procedimenti già conclusi) e «controllo politico» non connesso a situazioni giuridicamente qualificate e del tutto estranee alla *voluntas legislatoris* come ampiamente dimostrato anche dalla lettura dei lavori preparatori della legge in esame.

5. *Segue:* c) La facoltà di differimento e la materia concorsuale

In ordine alla norma che accorda alla pubblica amministrazione una facoltà di differire l'accoglimento dell'istanza di accesso, si segnalano due decisioni di merito, entrambe relative ai ricorsi *ex art.* 25 ed aventi ad oggetto documenti attinenti allo svolgimento di procedure concorsuali. Le due pronunce accolgono soluzioni diametralmente opposte. Da un lato, la decisione del TAR Lazio, I, 13 dicembre 1991, n. 2106 (caso di esclusione da una prova scritta con conseguente richiesta di accesso agli elaborati ed ai verbali) afferma la legittimità del differimento del diritto di acquisire gli atti del concorso alla conclusione della procedura. Ciò al fine di non arrecare pregiudizio allo svolgimento dell'azione amministrativa, secondo l'esplicita formulazione dell'art. 24 della legge 241/90. L'orientamento appare confermato dalla recentissima decisione del TAR Lazio, I, 24 marzo 1992, n. 399, che si è pronunciato in caso analogo. *Contra*, però, la decisione del TAR Toscana, I, 19 settembre 1991, n. 422, che, in un caso analogo, ha accolto il ricorso escludendo «che la conoscenza da parte della ricorrente dei verbali della Commissione esaminatrice, recante i criteri di massima per la valutazione delle prove e dei titoli, nonché delle prove scritte da essa svolte [...] potesse arrecare alcun nocumento (tanto meno grave) allo svolgimento del concorso».

La materia dell'accesso agli atti concorsuali, peraltro, potrebbe essere oggetto di significativi rivolgimenti qualora dovesse consolidarsi l'orientamento già espresso dal TAR Marche, 1° aprile

1992, n. 160 (ma si tratta, almeno per ora, di una pronuncia isolata), in base al quale i giudizi emessi dalle commissioni esaminatrici nei concorsi di abilitazione all'esercizio di professioni, a conclusione di ogni fase autonoma della procedura (valutazione dei titoli, prova scritta, prova orale, giudizio finale) non possono più essere sintetizzati nella mera espressione di un voto numerico (alla stregua del precedente e consolidato orientamento del Consiglio di Stato), ma devono essere adeguatamente motivati con indicazione dei presupposti di fatto e dalle ragioni giuridiche sulle quali si fondano.

6. *Segue:* d) Gli enti pubblici economici

Un problema sul quale si attendono maggiori chiarimenti, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, è dato dall'applicabilità della legge sul procedimento, ed in particolare del capo V relativo al diritto di accesso, agli enti pubblici economici. L'art. 23 della legge 241/90 menziona, infatti, tra i destinatari della normativa dell'accesso oltre alle amministrazioni dello Stato, le aziende autonome, gli enti pubblici e i concessionari di pubblici servizi, senza peraltro menzionare gli enti di gestione.

Il TAR Lazio, Sez. III, con sentenza n. 1272 del 10 ottobre 1992, pronunciata su un ricorso del Codacons *ex art.* 25 nei confronti dell'ente Ferrovie dello Stato volto all'esibizione degli atti relativi all'appalto di elettrificazione di una linea ferroviaria, non ha ritenuto di dirimere la controversia tra coloro che ritengono la legge 241/90 applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni in genere e dunque agli stessi enti pubblici, ivi compresi quelli economici, e quanti la ritengono incompatibile con queste ultime figure pubbliche, le quali operano in regime privatistico e di concorrenza di mercato.

In accoglimento di una delle eccezioni preliminari sollevate dall'ente resistente, il Tribunale amministrativo regionale ha infatti concluso per l'ineroperatività del diritto di accesso sia nei confronti dell'ente che di qualsivoglia soggetto pubblico, stante la mancata emanazione dei regolamenti attuativi di cui all'art. 24, quarto comma, richiamandosi alla giurisprudenza sul punto precedentemente esposta.

Un chiarimento definitivo, forse, potrà derivare dalla decisione - ancora non intervenuta - del ricorso *ex art. 25* azionato innanzi al TAR Lazio dalla Società Arjo Wiggins Italia contro l'Istituto Poligrafico dello Stato per il rilascio di alcune delibere del consiglio di amministrazione e di copia degli atti di aggiudicazione relativi a contratti di fornitura da questo stipulati.

Pur in mancanza di specifici riferimenti giurisprudenziali, sia il richiamo ai lavori preparatori della legge sull'accesso, sia il richiamo ai lavori sulla sua prima applicazione (la «Relazione conclusiva» della Commissione di studio sull'attuazione della legge 241/90, istituita con d.P.C.M. del 14 dicembre 1991, espressamente esclude dai soggetti interessati dalla nuova normativa gli enti pubblici economici), sia, infine, l'evidente incompatibilità tra l'esercizio dell'attività di impresa ed il principio di trasparenza introdotto dalla legge 241/90 - che finirebbe per discriminare quegli enti rispetto ai soggetti privati operanti nei medesimi settori del mercato - sembrano, peraltro, far concludere per una soluzione negativa. Tutt'al più potrebbe ipotizzarsi la possibilità di una soluzione compromissoria nei limiti in cui si possa distinguere tra atti autoritativi di organizzazione dell'ente pubblico economico - ai quali la logica della legge 241/90 più si adatterebbe - ed atti privatistici, riguardanti i rapporti con i terzi, ai quali la predetta normativa resterebbe del tutto estranea.

7. Considerazioni finali

Oltre alla relazione sullo «stato dell'arte» sin qui illustrato è stata richiesta anche qualche prospezione sul tema.

Se in sede conclusiva è lecito azzardare qualche cauta generalizzazione, sembra non possa essere accusato di essere vittima di suggestioni millenaristiche chi confessa di non guardare al futuro con molta tranquillità. Questo non solo e non tanto per i gravi problemi che travagliano il nostro Paese, ma soprattutto in considerazione del disastroso scenario mondiale contemporaneo. Uno scenario in cui ogni certezza sembra sfaldarsi fra i sinistri scricchiolii che accompagnano il crollo di imperi di dimensioni planetarie, lo

sfacelo di economie e di ideologie fino a ieri egemoni, il ritorno nella nostra Europa di manifestazioni di barbarie che si speravano ormai sepolte nel passato.

Certo è che, alle soglie del terzo millennio, stiamo attraversando una crisi di trasformazione interepocale, una trasformazione che porta dallo Stato sociale e dalla società del benessere a nuove entità così poco prevedibili e definibili da essere qualificate con denominazioni puramente cronologiche: lo Stato postmoderno e la società postindustriale.

Un nuovo mondo ignoto, dunque, ci attende. Di esso faranno però parte i diritti civili della terza generazione, come li ha definiti Bobbio, dopo i diritti di libertà della prima, che hanno marcato il passaggio dall'ancien régime allo Stato liberale e dopo quelli della seconda, che hanno marcato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato del benessere.

Fra tali diritti della terza generazione vanno indubbiamente classificati quelli degli istituti di democrazia amministrativa che rappresentano, se è consentita una punta di ottimismo, uno degli aspetti rassicuranti di questo nuovo mondo che ci attende e che speriamo sia il meno orwelliano possibile.