

Gli altri atti amministrativi diversi dai provvedimenti

Sommario

1 Gli atti amministrativi che non sono provvedimenti. - 2 Atti consistenti in manifestazioni di volontà. - 3 Atti non consistenti in manifestazioni di volontà. - 4 I pareri. - 5 Gli atti propulsivi. - 6 Gli accertamenti costitutivi.

1 Gli atti amministrativi che non sono provvedimenti

Oltre e accanto ai provvedimenti, esiste tutta una serie di atti amministrativi di importanza generalmente minore, i quali, per lo più, assolvono funzioni strumentali, accessorie o, quanto meno, secondarie. Taluni di essi rappresentano semplici momenti dei procedimenti preordinati all'emanazione e all'operatività dei provvedimenti (ad es., le proposte, i pareri, gli accertamenti preparatori, le deliberazioni preliminari, i visti), mentre altri assolvono compiti di mera testimonianza (ad es., le certificazioni, le registrazioni, le verbalizzazioni).

Quella degli atti amministrativi non provvedimentali costituisce una *categoria residuale*, che si caratterizza in quanto essi:

- non sono, di norma, dotati di esecutorietà;
- non sono dotati di autoritarietà;
- non sono tutti tipici o nominati.

Possono essere raggruppati in due grandi categorie:

- a) **atti consistenti in manifestazioni di volontà**, che si dividono in:
 - *atti paritetici* (non autoritativi);
 - *taluni atti facenti parte del procedimento amministrativo*;
 - *atti di controllo*.
- b) **atti non consistenti in manifestazioni di volontà**, che si dividono in:
 - *atti ricognitivi*, aventi a oggetto una manifestazione di conoscenza;
 - *atti di valutazione*, aventi a oggetto una manifestazione di giudizio;
 - *intimazioni*.

In estrema sintesi, sia i provvedimenti che gli atti amministrativi sono volizioni capaci di incidere in modo penetrante nella sfera giuridica dei destinatari. Ciò che differenzia gli uni dagli altri è che l'**atto ha una funzione statica** (perché tende a riconoscere ciò che già esiste), mentre il **provvedimento ha una funzione dinamica** (perché, propulsivamente, mira a creare una nuova realtà attraverso la predisposizione di una determinazione da cui scaturisce un'attività positiva, che deve essere compiuta dal privato per profittare degli effetti favorevoli della volizione). Una sottodistinzione tra le due categorie concettuali è che l'**utilità derivante dall'atto è immediata** e può collegarsi ad attività successive, mentre l'**utilità derivante dal provvedimento è mediata**, abbisognando di attività conformative e accessorie del beneficiario. La distinzione, *mutatis mutandis*, vale anche in relazione agli atti negativi, cioè a quelli che causino un decremento al destinatario. *In terminis*, l'atto amministrativo rappresenta un cerchio molto grande, che contiene cerchi più piccoli, il più grande dei quali è quello racchiudente il provvedimento.

2 Atti consistenti in manifestazioni di volontà

A) Atti paritetici

Si chiamano paritetici quegli atti amministrativi (non provvedimenti) con i quali la P.A., tenuta **per legge** a far fronte a un **obbligo** posto a proprio carico, in relazione a un dato rapporto di diritto pubblico di natura patrimoniale, **determini unilateralmente il contenuto dell'obbligo** stesso (ad es., la determinazione di stipendi, di assegni, di emolumenti etc.) in base a una mera *attività accertativa*.

Essi, in genere, ineriscono al rapporto di impiego. Vi rientrano, per la dottrina tradizionale (SANDULLI), anche gli atti con cui vengano determinate le indennità di requisizione, di espropriazione etc.

Tuttavia, poiché tali atti non sono dotati del carattere dell'autoritarie, al soggetto interessato, e cioè al creditore del rapporto obbligatorio, è sempre consentito far valere le proprie ragioni nei confronti della P.A. con i normali rimedi di diritto privato. Il ricorso contro tali atti non è soggetto al rispetto dei normali termini di decadenza previsti per i ricorsi amministrativi, ma ai più lunghi termini di prescrizione, previsti dal c.c. (STELLA RICHTER).

Il binomio **atti paritetici-atti autoritativi** è stato adoperato per definire il riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A.: giurisdizione del G.O. sugli atti paritetici e giurisdizione del G.A. sugli atti autoritativi.

B) Atti facenti parte del procedimento amministrativo

Sono manifestazioni di volontà anche taluni atti che si inseriscono nella *fase preparatoria del procedimento* per l'emanazione degli atti amministrativi. Tali sono:

- la **richiesta**: è un atto amministrativo mediante il quale un'autorità si rivolge a un'altra autorità per sollecitare l'emanazione di un atto am-

ministrativo che, spesso, l'autorità a cui la richiesta è inoltrata non può emanare, se non sul presupposto di quella iniziativa: essa può essere *facoltativa, obbligatoria, vincolante e conforme*;

- la **designazione**: consiste nell'indicazione di uno o più nominativi all'autorità competente a provvedere a una nomina. Generalmente, è *obbligatoria e vincolante*, nel senso che l'autorità che deve provvedere alla nomina non può farlo se non sulla base di una designazione alla quale sia tenuta, poi, a uniformarsi;
- le **deliberazioni preliminari**: sostanzialmente, esse non si distinguono dalle richieste vincolanti; sebbene dotate di forza determinante in ordine al contenuto dell'atto che, sul loro presupposto, dovrà essere emanato, tali deliberazioni non sono esse stesse costitutive dell'effetto giuridico che all'atto di attuazione si colleghi;
- gli **accordi preliminari**: sono gli accordi che l'autorità competente all'emanazione di un determinato atto deve concludere previamente con altre autorità, tutte le volte in cui il provvedimento debba essere realizzato «di concerto» o «d'intesa» con esse.

È atto rientrante nel procedimento amministrativo quello — eventuale — di **comunicazione del nominativo del funzionario responsabile del procedimento**.

C) Atti di controllo

Parte della dottrina li inquadra nelle manifestazioni di giudizio.

3 Atti non consistenti in manifestazioni di volontà

Per questi atti, non vale la regola della tipicità; essi non consistono in manifestazioni di volontà, ma in manifestazioni di *conoscenza* o di *giudizio* ovvero in un *invito formale*.

Pertanto, per parte della dottrina (SANDULLI), occorre distinguere tre categorie di atti e precisamente: **atti ricognitivi** (o manifestazioni di scienza e di conoscenza), **atti di valutazione** (o di giudizio) e **intimazioni**.

Anche gli atti non consistenti in manifestazioni di volontà, a dire il vero, possiedono un tasso volitivo; il punto focale della distinzione tra atti di volontà e atti di non volontà, allora, riguarda l'**incidenza della volizione**, precipua nei primi, accessoria nei secondi.

A) Atti consistenti in manifestazione di scienza e di conoscenza

Il tratto unitario degli atti consistenti in manifestazioni di scienza e di conoscenza si individua nella comune *funzione dichiarativa*, intesa come la funzione volta a dare «certezza di fatti giuridicamente rilevanti».

Tale attività presuppone due momenti: a) l'*acquisizione del fatto* da accertare; b) la *dichiarazione all'esterno* di ciò che si sia acquisito. A seconda della prevalenza del primo o del secondo di tali momenti, si parla di procedimenti di scienza e di procedimenti di conoscenza: i primi, si caratterizzano strutturalmente per la centralità dell'aspetto acquisitivo; i secondi, invece, si contraddistinguono per l'esternazione del fatto acquisito.

Ciò posto, si consideri che oggetto di esternazione può anche essere un atto di scienza, nella quale ipotesi si sarebbe in presenza di due differenti e susseguenti atti dichiarativi: il primo di scienza, il secondo di conoscenza (GALLI).

Circa la **natura giuridica** degli atti dichiarativi che, pressoché unanimemente, vengono considerati *atti vincolati*, due sono, sostanzialmente, le teorie che si contendono il campo:

- a) per la *teoria negoziale* (VIRGA), che distingue tra *provvedimenti-negozio* e *provvedimenti-meri atti giuridici*, gli atti in esame sarebbero da ricondursi a tale ultima categoria, non avendo rilevanza alcuna l'intento avuto di mira dalla P.A. nell'adozione del provvedimento dichiarativo;
- b) per la *teoria pubblicistica* (SANDULLI), gli atti dichiarativi, a causa della natura spiccatamente procedimentale e, quindi, della loro inidoneità a incidere direttamente sulla sfera giuridica del destinatario, non sarebbero provvedimenti.

Riguardo alla **funzione certativa**, si distingue tra *certezze di fatti* e *certezze di rapporti*: nelle prime, il fatto di cui si dà certezza non ha effetto diretto nei rapporti intersoggettivi, ma resta estraneo a essi (ad es., il censimento demografico avente fini classificatori); nelle seconde, invece, i fatti di cui si dà certezza sono destinati ad avere effetto nei rapporti tra soggetti (ad es., l'età, il sesso etc.).

Un'ulteriore distinzione è quella tra *certezze legali* e *certezze notiziali*. Si dicono **certezze legali** quelle nelle quali «la dichiarazione di certezza contenuta nell'atto deve essere recepita da tutti come tale» (GALLI).

Caratteri della certezza legale sono:

- l'*obbligo*, in capo ai soggetti della collettività, di assumere come certo ciò che è enunciato dall'atto di certezza che, in quanto tale, fa fede fino a querela di falso o, comunque, fino a prova contraria (GIANNINI);
- la sua produzione a opera esclusivamente dell'autorità e nei soli casi tassativamente previsti dalla legge;
- l'applicabilità alle sole certezze di rapporti.

Le **certezze notiziali**, sebbene quantitativamente rappresentino la parte preponderante degli atti di certezza, costituiscono una categoria residuale, caratterizzata dall'assenza dell'effetto vincolante, tipico delle certezze legali.

Alla categoria appartengono gli atti di conoscenza aventi *funzione divulgativa* di un qualche accadimento giuridicamente rilevante (ad es., gli avvisi della stampa quotidiana) o *funzione di conoscibilità giuridica* di un *atto* o di un *documento* (ad es., l'affissione ad albi).

La più recente dottrina, unitamente alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, assumendo come criterio l'*interesse* che la norma vuole tutelare, ha distinto i concetti di *conoscenza* e di *conoscibilità*:

- negli atti in funzione di conoscenza, è tutelato prevalentemente l'interesse del fruitore o del destinatario alla conoscenza effettiva dell'atto da partecipare, con la conseguenza che il rischio, in ordine al raggiungimento del risultato, ricade sul partecipante;
- negli atti in funzione di conoscibilità, la legge accorda, al destinatario dell'enunciato da partecipare, una tutela minore, in considerazione del fatto che quest'ultimo, uniformando la propria condotta alle regole della diligenza ha, in concreto, la possibilità di conoscere.

Seguendo l'impostazione di GIANNINI, la **tipologia** degli atti dichiarativi è così illustrabile:

- gli **acclaramenti**: sono acquisizioni di scienza, concernenti l'*esistenza*, la *misurazione* e l'*analisi tecnica* o *amministrativa dei dati fattuali del mondo reale*;
- gli **accertamenti**: trattasi di atti di scienza, al pari degli acclaramenti, con, in più, la caratteristica di poter attribuire una qualità giuridica a una persona (ad es., gli accertamenti di attitudini), a una cosa o a un rapporto;
- le **certazioni**: sono accertamenti che non si limitano ad attribuire una qualità giuridica a altra entità giuridica esistente, ma creano esse stesse le qualificazioni (ad es., la dichiarazione di perdita della cittadinanza);
- le **ispezioni**: costituiscono acquisizioni di scienza espletate dagli organi ordinari dell'amministrazione, che possono culminare in un atto ricognitivo o esaurirsi in se stesse comportanti, potenzialmente, l'ingerenza nella sfera giuridica di altri, che trovatisi in posizione di soggezione;
- le **inchieste**: sono ispezioni particolarmente qualificate in ordine all'*oggetto* dell'acquisizione, che — presentando il carattere di accadimento straordinario — comporta che le stesse siano affidate a uffici particolari, costituiti *ad hoc* e, talvolta, estranei all'amministrazione;
- le **verbalizzazioni**: sono atti di scienza con cui si narrano e si documentano atti giuridici, operazioni o anche meri comportamenti di altre figure soggettive (GALLI);
- le **certificazioni**: sono dichiarazioni di scienza esternate in un documento in funzione partecipativa, concernenti fatti precedentemente acquisiti dall'ufficio pubblico (esse si distinguono in *proprie* e *improprie*, a seconda che la legge ne sancisca o meno l'obbligo di emissione);
- i **registri**: trattasi di strumenti costituiti da materiali idonei a ricevere e a conservare atti forniti dai privati o relativi a fatti accertati dalla stessa amministrazione, per fini di esibizione (GALLI);
- le **registrazioni**: sono dichiarazioni di scienza, aventi lo scopo di attestare fatti accertati dalla pubblica autorità o risultanti dalle dichiarazioni o dai documenti forniti dagli interessati attraverso l'inserzione in appositi registri;
- le **notificazioni**: costituiscono misure individuali, con cui si porta a conoscenza del destinatario l'atto, attraverso un procedimento che mira a dare certezza legale dell'invio e del ricevimento dell'atto stesso;

- le **comunicazioni** sono atti di conoscenza, mediante i quali la P.A. informa uno o più soggetti, dell'emanazione di un atto o del verificarsi di un fatto. Al pari delle notificazioni, esse si distinguono dalle misure collettive di conoscenza (quali gli avvisi al pubblico o le affissioni ad albi).

Altra dottrina (SANDULLI) ha distinto gli atti consistenti in *manifestazioni di conoscenza*, altrimenti detti *ricognitivi*, in:

- 1) atti *a carattere strumentale*, preordinati, cioè, al raggiungimento di altri fini (ad es., i *visti*, che costituiscono forme di controllo di legittimità, gli *accertamenti sanitari* per la leva, gli *accertamenti dei luoghi* per la concessione edilizia);
- 2) atti *a carattere autonomo*, consistenti in dichiarazioni di scienza con propria funzionalità (così le *attestazioni*, le *certificazioni*, le *iscrizioni* nei registri, le *notificazioni*, le *comunicazioni*, le *documentazioni* etc.), taluni dei quali (quelli posti in essere dalle autorità e dai pubblici ufficiali a ciò espressamente preposti) sono dotati di una particolare *autoritarietà*, che si sostanzia nella *certezza legale privilegiata*, nel senso che l'atto fa piena *prova dei fatti in esso riportati fino a sentenza dichiarativa di falso*.

In tema di **certezze (notiziali o legali)**, va rilevato che esse non sono poi così distanti dai fatti notori e dalle massime di comune esperienza, rilevanti, in sede di valutazione giurisdizionale, circa gli accadimenti che, per la loro esternazione, non abbisognino di approfonditi riscontri probatori oppure circa le regole logiche, coesistenziali alla conoscenza media della società civile, apprezzabili in via presuntiva, senza necessità di specifica allegazione degli atti o dei fatti che le sorreggano.

B) Atti consistenti in manifestazioni di giudizio

Presuppongono un procedimento di apprendimento e si risolvono nell'enunciazione di un *giudizio valutativo*, per cui sono designati come *atti di valutazione*.

Appartengono a tale categoria:

- i *giudizi* sull'idoneità dei candidati;
- le *relazioni* delle commissioni di inchiesta;
- i *pareri* (v. § 4);
- le *proposte*, simili agli atti di valutazione con, in più, il carattere di atti di *iniziativa*.
Le proposte possono essere, al pari dei pareri, *facoltative*, *obbligatorie*, *non vincolanti*, *vincolanti* o *parzialmente vincolanti* (v. § 4).

Autorevole voce dottrina (GIANNINI) così classifica gli *atti di giudizio*:

- a) le *valutazioni*, consistenti in manifestazioni di giudizio circa *determinate qualità* delle *persone* o delle *cose*, che siano suscettibili di apprezzamento;
- b) le *decisioni*, consistenti in manifestazioni di giudizio tendenti alla *composizione di divergenti opinioni o interessi*, mediante l'impiego di un *procedimento contenzioso*.

Quanto poi alla discrezionalità, l'Autore sottolinea che gli *atti di giudizio*, a differenza degli atti di conoscenza, sono *discrezionali*; infine, gli atti di giudizio sono o meno negoziali, a seconda che il giudizio si estenda anche al merito o sia limitato alla sola legittimità. In tali atti rientrano quelli adottati in regime di esercizio del potere tecnico-discrezionale della P.A., ove i giudizi si fondono con le conoscenze specialistiche di cui debbono necessariamente essere in possesso i componenti l'organo valutatore.

C) Intimazioni

Le *intimazioni* consistono nel *formale avvertimento* a un soggetto, già tenuto, in base a un precedente titolo (legge oppure ordine) a osservare un obbligo, di *ottemperare* all'obbligo stesso. Per la dottrina (GIANNINI) le intimazioni sono atti propulsivi.

Si ricordi che le intimazioni non hanno *carattere novativo dell'obbligo*.

Le principali e più conosciute forme di intimazione sono le **cartoline-precetto** (oggi venute meno, a seguito dell'abolizione dell'obbligatorietà del servizio militare di leva) e gli atti che inibiscono la continuazione dei lavori ovvero ordinano la **demolizione dei manufatti edilizi abusivi**.

4 I pareri

A) Definizione e natura giuridica

Sono atti a carattere ausiliario, consistenti in **manifestazioni di giudizio con cui gli organi dell'amministrazione consultiva mirano ad illuminare, consigliare o erudire gli organi di amministrazione attiva**. Sono, di regola, di competenza di speciali *organi collegiali*. Consistono in giudizi su un'attività che dovrà essere compiuta da parte di chi li chiede: sono, pertanto, atti privi di *autonomia funzionale*, in quanto emessi in vista del provvedimento terminale di un procedimento amministrativo. Essi, quindi, *vanno impugnati solo congiuntamente all'atto finale del procedimento cui si riferiscono*. È importante rilevare, però, che, se il parere vincolante sia *negativo* e, pertanto, sia preclusivo dell'ulteriore corso del procedimento, esso sarà *impugnabile ex se*.

La natura giuridica dei pareri è quella di atti interni alla P.A., aventi valore **endoprocedimentale** o **soprassessorio**.

B) Classificazione

I pareri possono essere:

- **facoltativi**, se sia a discrezione degli *organi dell'amministrazione attiva* richiederli o meno. Essi non hanno, per alcuni Autori, rilevanza giuridica esterna;
- **obbligatori**, se la *legge* impone all'*organo di amministrazione attiva* di richiedere il *parere* all'organo consultivo. La mancata acquisizione del parere comporta l'invalidità dell'atto per *violazione di legge*.

I pareri **obbligatori**, a loro volta, possono essere:

- a) **non vincolanti**, quando l'organo di amministrazione attiva sia *obbligato a richiedere il parere, ma possa anche non attenersi a esso, discostandosi con il proprio operato e motivando le ragioni per le quali se ne discosti*;
- b) **vincolanti**, se l'organo di amministrazione attiva sia *obbligato a richiedere il parere e a uniformarsi ad esso*. In questo caso, il parere vincolante è assimilabile a una deliberazione preparatoria, in quanto appartiene alla fase di determinazione del contenuto dell'atto.

Controversa è la natura giuridica dei pareri vincolanti: per VITTA, si tratta di *autorizzazioni*; per BRONDI, tale tipo di parere rappresenta un *elemento costitutivo di un atto complesso*; per SANDULLI è, invece, un *atto di valutazione*, consistente in una *manifestazione di giudizio*.

Nella pratica sono, peraltro, poco frequenti le ipotesi di *pareri vincolanti* (es., i pareri del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica);

- c) **parzialmente vincolanti**, se l'organo di amministrazione attiva possa *adottare un provvedimento difforme*, ma solo in un dato senso (es., in base all'art. 114 D.P.R. 3/1957, il Ministro può: discostarsi dal parere della Commissione di disciplina solo adottando un provvedimento disciplinare più favorevole all'impiegato) o seguendo un dato procedimento;
- d) **conformi**, quando la P.A. abbia il *potere discrezionale di provvedere o non sull'istanza per la quale è obbligata a richiedere il parere*, ma, ove decida di emanare l'atto di amministrazione attiva, deve *uniformarsi a esso* (SANDULLI).

La giurisprudenza, pur mantenendo ferma la distinzione dei pareri, così come esposta, ha riaffermato il principio per cui, nel *silenzio della legge* sulla natura di un *parere espressamente prescritto*, questo è da ritenersi *obbligatorio, ma non vincolante*.

I pareri possono assumere carattere vincolante anche se provenienti da organi tecnici dell'amministrazione. È il caso dei **pareri (parzialmente vincolanti)** emessi dal **Comitato di verifica per le cause di servizio** (che ha preso il posto dell'*ex Comitato per le pensioni privilegiate ordinarie*), ai quali la P.A. ha l'obbligo di conformarsi, con la sola possibilità (pressoché inutilizzata nella prassi) di sollecitare una seconda volta l'emittente alla riponderazione dei fatti acclarati, affinché possa essere emesso un parere conforme alle valutazioni espresse dalla P.A. in sede di ricezione del primo parere (qualora la seconda valutazione sia di segno uguale alla prima, l'amministrazione dovrà conformarvisi).

C) Scopi e funzioni dei pareri

I pareri possono adempiere a tre funzioni:

- **conoscitiva**: è quella relativa ai pareri di organi tecnici per soluzioni attinenti alla *discrezionalità tecnica*, che importano *atti vincolati* (es.:

il parere del Comitato per le pensioni privilegiate in materia di liquidazione di tali pensioni);

- **valutativa:** attraverso pareri emessi, di regola, al termine di un'istruttoria compiuta per l'adozione di un provvedimento o di una misura amministrativa o consistenti in una valutazione generale del progetto di azione amministrativa (es.: il parere del Consiglio di Stato, emesso in sede consultiva, con cui si riassume lo svolgimento della funzione amministrativa);
- **di coordinamento:** sono richiesti per *contemperare più interessi* della P.A. Si fondano sul *principio di buona amministrazione* e non è richiesta una norma positiva che li imponga.

Analoghe funzioni e similari scopi si rinvencono nella disciplina della **conferenza di servizi**, durante la quale le amministrazioni coinvolte valutano concordemente o cumulativamente la sussistenza di problemi locali e territoriali, per proficuamente determinarsi, in sede procedimentale, verso la corretta adozione del provvedimento finale, ognuna per quanto di competenza.

D) Disciplina dei pareri

1) Subprocedimento

I pareri vengono resi in seguito allo svolgimento di un *subprocedimento*, accessorio rispetto a quello principale, che condurrà all'emanazione del provvedimento finale.

Si discute se del parere debba, comunque, farsi menzione nell'atto finale.

Parte della giurisprudenza ha sostenuto la necessità di tale menzione, a pena di illegittimità poiché, in sua mancanza, si potrebbe presumere che il parere non sia stato preso in considerazione e, soprattutto, il destinatario del provvedimento non potrebbe risalire all'*iter* logico-giuridico delle valutazioni assunte dall'organo decidente, ai fini di un'eventuale impugnazione (C.d.S., sez. V, 23-2-1971, n. 147). Altra giurisprudenza, più attenta al dato sostanziale, ha affermato che l'omessa menzione del parere sarebbe una mera irregolarità formale, che non inficerebbe la validità del provvedimento, a condizione che il parere sia stato, comunque espresso (Cons. giust. ann. Sicilia, sez. I, 22-10-1988, n. 154).

2) Forma e motivazione

Quanto alla **forma** secondo parte della dottrina il parere richiederebbe sempre forma scritta, onde documentarne il contenuto e onde consentire la ricostruzione del processo decisionale. Non vi sono, tuttavia, elementi positivi a sostegno dell'esistenza di un obbligo generalizzato di forma scritta.

In relazione alla **motivazione**, già prima dell'emanazione della legge sul procedimento (L. 241/1990), si affermava la necessità della motivazione dei pareri; in mancanza di motivazione — si diceva —, ne sarebbe venuta meno la stessa ragion d'essere (VIRGA). Una volta generalizzato

l'obbligo di motivazione (art. 3 L. 241/1990), non ha più ragione di sussistere alcun dubbio in proposito.

3) *Inammissibilità dell'esercizio ex post della funzione consultiva*

Dal fondamento intrinseco del parere, deriva che lo stesso, per poter esplicare la propria funzione conoscitiva e valutativa, dev'essere acquisito al procedimento *prima* dell'emanazione del provvedimento finale. Un'acquisizione successiva non permetterebbe, ai pareri, di svolgere le loro funzioni.

Si parla, in proposito, di *inammissibilità ex post della funzione consultiva*.

Nonostante la questione sia stata a lungo dibattuta in dottrina e, da alcuni, sia stata avanzata l'idea che il parere acquisito successivamente all'emanazione del provvedimento possa avere efficacia sanante — purché espresso in precedenza —, la giurisprudenza sembra, invero, orientata per l'esclusione di ogni possibilità di parere successivo (C.d.S., sez. VI, 28-4-1994, n. 619).

Più specificamente, altra giurisprudenza considera ammissibile l'acquisizione successiva di un parere, ma soltanto quando questo abbia unicamente funzione di coordinamento (T.A.R. Umbria, sez. I, 14-4-1988, n. 125).

Nel caso in cui debba essere emesso un **parere obbligatorio e vincolante, obbligatorio e parzialmente vincolante** oppure **obbligatorio e non vincolante**, il soggetto titolare del procedimento ha la facoltà di emettere il provvedimento finale anche se il parere non venga stilato per tempo, mentre, se il parere è facoltativo, il titolare del procedimento adotterà il provvedimento finale, prescindendo dal parere.

E) La nuova disciplina dei pareri nella L. 69/2009

Il legislatore del 2009 è intervenuto, modificandola, sulla disciplina dettata dall'**art. 16 L. 241/1990**, relativa all'**attività consultiva della P.A.**

In particolare, considerato che lo spirito della riforma è quello di assicurare l'efficienza dell'agire amministrativo attraverso la certezza dei tempi di conclusione del procedimento, il legislatore è intervenuto a modificare le previsioni relative alla fase istruttoria considerato il nesso tra questa ed il momento dell'adozione del provvedimento finale. Ed invero, è di tutta evidenza che eventuali lungaggini relative a tale fase, come ad es. l'acquisizione di pareri, che possono essere legate a (semplici) complicità burocratiche, incidono inevitabilmente sui tempi di conclusione del procedimento, creando inefficienze nella P.A. che si ripercuotono nei rapporti con i privati.

Con l'**art. 8 L. 69/2009**, il legislatore ha dettato nuove regole per la procedura di acquisizione dei pareri (obbligatori e facoltativi) e modificato la precedente normativa sotto più punti di vista nell'ottica di realizzare un'accelerazione dei tempi procedurali dal punto di vista sia dei termini per il rilascio del parere che delle conseguenze connesse alla mancata resa dello stesso.

Specificamente, sotto il primo profilo, la nuova disciplina *riduce* i tempi concessi agli organi consultivi per rilasciare il parere richiesto. Per quanto riguarda i **pareri obbligatori**, il termine entro il quale devono essere resi è di 20 giorni dal ricevimento della richiesta, a fronte degli originari 45, mentre per i **pareri facoltativi**, pur rimanendo ferma la «immediata» comunicazione all'amministrazione richiedente del termine entro il quale il parere sarà reso, il legislatore ha stabilito che, in ogni caso, tale termine «non può superare i venti giorni dal ricevimento della richiesta».

In tal modo, pur se formalmente si è lasciato un margine di discrezionalità all'organo consultivo nella determinazione della tempistica di rilascio, sostanzialmente tale norma ha ridotto l'ambito di operatività concessa agli organismi consultivi mediante la fissazione di un termine finale: la norma consente, infatti, agli stessi solo la facoltà di rilasciare il parere in un tempo minore rispetto ai venti giorni stabiliti dal legislatore, fissandolo nella «comunicazione immediata».

Quanto al secondo profilo, relativamente alla disciplina per il **rilascio dei pareri**, il legislatore ha innovato quella precedente, sostituendo il comma 2 dell'art. 16 L. 241/1990, nel senso di facilitare l'*iter* formativo del provvedimento finale anche in mancanza del parere richiesto.

La nuova disciplina contempla due ipotesi diverse a seconda del tipo di parere richiesto. Ed invero, nel caso in cui sia richiesto un **parere obbligatorio**, il mancato rilascio dello stesso, ovvero la mancata rappresentazione di esigenze istruttorie da parte dell'organo consultivo (che legittima l'interruzione del termine), *facoltizzano* l'amministrazione richiedente a procedere indipendentemente dallo stesso. Nel caso in cui oggetto della richiesta sia un **parere facoltativo**, quelle stesse ipotesi (mancato rilascio o mancata comunicazione di esigenze istruttorie) *obbligano* la P.A. a procedere nell'*iter* procedimentale, prescindendo dall'espressione del parere.

La nuova disciplina sul rilascio dei pareri ha, quindi, delle inevitabili ripercussioni sull'efficienza dell'azione amministrativa anche in ipotesi di mancata espressione dello stesso, da parte degli organi consultivi: in questa prospettiva di effettività della prosecuzione del procedimento amministrativo, si colloca pure la previsione della **mancanza di qualsivoglia responsabilità in capo al funzionario-responsabile del procedimento**, per i danni causati dalla mancata espressione dei pareri. Quest'ultimo, infatti, sarà chiamato a rispondere del proprio operato solo in caso di *omessa richiesta del parere*.

Rimane ferma la deroga all'applicazione dei principi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 16, così come modificati, con riferimento ai pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini (art. 16, comma 3). Il legislatore della riforma, inoltre, modificando i commi 4 e 5 dell'art. 16, ha previsto, rispettivamente, che i termini per il rilascio dei pareri (obbligatori e facoltativi) possano essere **interrotti**, per una sola volta,

qualora l'organo consultivo abbia rappresentato all'amministrazione la necessità di esigenze istruttorie (in tal caso, il parere deve essere reso entro 15 giorni dalla ricezione dei detti elementi istruttori), nonché la trasmissibilità dei pareri con **mezzi telematici**.

Completano la disciplina dell'attività consultiva, la previsione per cui gli organi consultivi dello Stato predispongono procedure di particolare urgenza per i pareri loro richiesti (comma 6), nonché quella per la quale le competenze consultive del Consiglio dei lavori pubblici, ex art. 127 D.Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), si esercitano in deroga alle disposizioni di cui all'art. 16 L. 241/1990.

F) Pareri e valutazioni tecniche

L'art. 17 L. 241/1990 prevede una disciplina diversa per le c.d. **valutazioni tecniche**.

La differenza tra pareri e valutazione tecnica risiede, secondo alcuni, nella circostanza che i primi hanno un oggetto giuridico-amministrativo, mentre la seconda riguarda profili tecnici; secondo altri nel carattere puramente accertativo della seconda; secondo altri ancora, nella circostanza che l'art. 17 riguarda fatti o elementi singoli rilevanti nel corso dell'istruttoria per la decisione, mentre l'art. 16 riguarda i pareri a istruttoria conclusa. Nell'ipotesi di inerzia dell'organo competente ad emettere una valutazione tecnica obbligatoria, infatti, non si fa luogo a silenzio assenso, bensì avviene la sostituzione dell'organo inadempiente con un altro di pari competenza e capacità tecnico-scientifica. Si verifica, così, un *effetto devolutivo* della competenza ad emettere la valutazione.

L'amministrazione decidente, di fronte al silenzio dell'organo consultivo, può rivolgersi ad altri organi o enti pubblici, oppure ad istituti universitari, che siano dotati di qualificazione e capacità tecniche equipollenti a quelle del soggetto rimasto inerte.

Il termine dopo il quale si verifica l'effetto devolutivo è sempre, in mancanza di norme specifiche, quello di novanta giorni, ed è prorogabile nel caso in cui l'organo consultivo rappresenti particolari esigenze istruttorie ovvero l'impossibilità, dovuta alla natura dell'affare, di rispettare il termine ordinario.

G) Vizi dei pareri

Un parere viziato inficia tutto il procedimento amministrativo, per cui l'atto terminale risulterà anch'esso viziato. Da ciò si deduce che *anche i pareri facoltativi*, potendo viziare l'atto terminale hanno, senza dubbio, rilevanza giuridica, sempreché di essi, pur se facoltativi, l'autorità di amministrazione attiva che li ha richiesti abbia tenuto conto nell'adottare il provvedimento.

Si discute se il parere possa essere viziato, oltre che da incompetenza e violazione di legge, anche da *eccesso di potere*. La dottrina è orientata in senso affermativo.

Relativamente ai poteri detenuti dall'amministrazione nella valutazione delle risultanze del parere reso dall'organo consultivo, v'è chi ha profilato il dovere, incombente sull'organo decisorio titolare del procedimen-

to, di stimolare, ogni volta che ciò sia possibile, il ripensamento dell'organo che abbia stilato il parere: molti, però, hanno decisamente contestato, in radice, la validità del riportato assunto.

H) Inoppugnabilità autonoma dei pareri: eccezioni

In quanto atto infra-procedimentale, insuscettibile di ledere direttamente posizioni giuridiche dei privati, il **parere non è, di norma, autonomamente impugnabile**. La tutela giurisdizionale amministrativa, infatti, presuppone *un interesse a ricorrere* (art. 100 c.p.c.) che manca ove la lesione dell'interesse legittimo, soltanto potenziale nel contenuto del parere, non si sia ancora realizzata con la trasfusione di detto contenuto nell'atto finale.

Naturalmente, le cose cambiano nel caso in cui il parere sia immediatamente produttivo di una lesione alla sfera giuridica dell'interessato, come avviene, ad esempio, nel caso dei pareri vincolanti. Essi, infatti, non lasciano all'interessato, alcun dubbio sul contenuto della decisione finale, che verrà, poi, soltanto formalmente trasfuso nel provvedimento.

Sulla scorta di queste considerazioni, la dottrina e la giurisprudenza hanno ammesso l'autonoma impugnabilità dei pareri vincolanti, quantomeno quando essi abbiano contenuto negativo. Solo in tal caso, infatti, l'esito del procedimento appare realmente scontato; sia che l'autorità decidente propenda per una piena adesione al parere negativo, sia che decida di non emanare alcun atto, il risultato per l'interessato sarà, comunque, il medesimo, poiché viene, in ogni caso, preclusa la possibilità dell'emanazione della decisione finale.

Per i pareri vincolanti positivi, la lesione non sarebbe, invece, certa ove la P.A. avesse il potere di non emanare il provvedimento a conclusione dell'*iter* procedimentale.

Breviter, si è ritenuta l'impugnabilità diretta dei pareri ogni qual volta essi cagionino un arresto procedimentale, ma non sempre è chiaro quando ciò avvenga e quando non. Molto dipende dalla disamina del caso concreto.

I) Differenza dalle proposte

I *pareri* sono, di regola, condizionati a una richiesta e derivano da organi neutrali, mentre le *proposte* sono spontaneamente poste in essere da soggetti interessati.

I *pareri* sono atti infraprocedimentali e non influiscono sull'iniziativa dell'autorità decidente, mentre con le *proposte* si inizia un procedimento. In più, i pareri provengono, nella maggior parte dei casi, da organi tecnici dell'amministrazione, mentre le proposte provengono dagli organi di amministrazione attiva o dagli organi aventi funzione di indirizzo politico.

5 Gli atti propulsivi

Gli atti *propulsivi* o di *iniziativa* mirano a promuovere e a stimolare l'attività di organi statali o di soggetti privati (VIRGA). Essi hanno rilevanza giuridica se:

- fanno sorgere l'*obbligo giuridico*, per un *organo amministrativo*, di *emettere* un provvedimento nel termine previsto da legge o regolamento (art. 2 L. 241/1990);
- mettono in *mora il privato* per l'*adempimento* di un *obbligo già esistente*.

Con VIRGA e GIANNINI, distinguiamo:

1) gli **atti propulsivi dell'esercizio di poteri** sono:

- la *richiesta*, con cui l'autorità si limiti alla sola azione di *stimolo* e non possa influire sul contenuto del provvedimento richiesto;
- la *proposta*, con cui si solleciti un altro organo a esprimere un giudizio sul contenuto da dare al provvedimento (essa si differenzia dal *parere*, che è una manifestazione di giudizio e che non comporta l'esercizio di alcun potere di iniziativa e si distingue dalla *richiesta*, che è espressione di una facoltà di iniziativa e non contiene alcuna manifestazione di giudizio);
- la *direttiva*, attraverso la quale l'autorità superiore inviti l'ente o l'organo dipendente a realizzare un determinato programma o un certo compito; esse rientrano negli ordini;

2) gli **atti propulsivi per l'adempimento di obblighi**: sono rappresentati dalle *intimazioni*, attraverso le quali si inviti l'obbligato a ottemperare a un obbligo preesistente, mettendolo in mora, fissandogli, eventualmente, un termine ultimo e informandolo sulle sanzioni e sulle conseguenze sfavorevoli a cui si esponga in caso di inadempimento. Vi rientrano le *diffide* e le *contestazioni*, che consentono al destinatario di fornire le proprie controdeduzioni.

La **funzione propulsiva** può essere il prodotto dell'intervento giudiziale. Tale è da considerarsi la riedizione del potere pubblicistico a seguito di accoglimento dell'istanza inibitoria posta a corredo del ricorso giurisdizionale amministrativo, laddove il G.A., previo utilizzo della tecnica del *remand* (efficace, ma assai poco invalsa nella prassi delle aule di giustizia), abbia formalmente invitato la P.A. a rimeditare le scelte compiute, in funzione di presunti vizi accertati in sede giurisdizionale, ma reputati non così invadenti da acuire il conflitto insorto, palesandosi, perciò, necessario ripristinare il collegamento procedimentale originario tra le parti, onde scongiurare la coltivazione del gravame.

6 Gli accertamenti costitutivi

Gli accertamenti costitutivi sono, per parte della dottrina (VIRGA), quei provvedimenti che, pur incidendo, in modo favorevole, sulla sfera del destinatario, non sono manifestazioni del potere discrezionale della P.A., ma vengono adottati sul semplice *accertamento* circa la sussistenza dei requisiti e dei presupposti richiesti dalla legge per la loro emanazione, senza alcuna possibilità di determinazione del contenuto.

La particolarità sta nel fatto che l'effetto *costitutivo* è collegato all'adozione di un atto vincolato di carattere *dichiarativo*, qual è quello di *accertamento*.

Ciò ha indotto parte della dottrina (VIRGA) a ritenere che si trattasse di un'*autonoma categoria* di atti, non assimilabile né a quella dei provvedimenti né a quella dei meri atti. Secondo l'Autore, essi avrebbero in comune, con i provvedimenti negoziali, l'effetto *costitutivo*, ma se ne discosterebbero in quanto sarebbero il risultato di un'attività vincolata all'accertamento della sussistenza dei requisiti e dei presupposti richiesti dalla legge. D'altra parte, essi non sarebbero nemmeno meri atti giuridici, dato che, a differenza degli accertamenti che esauriscono il loro effetto nel momento dichiarativo, gli accertamenti costitutivi avrebbero una funzione dichiarativa, strumentale alla produzione di un effetto costitutivo.

L'assenza, quindi, di un potere discrezionale in capo alla P.A. impedirebbe l'assimilazione degli accertamenti in parola ai provvedimenti e farebbe sì che il privato vanti, nei confronti dell'amministrazione, un diritto soggettivo al loro rilascio, salvo che la legge non preveda una pur minima discrezionalità in merito all'accertamento della sussistenza dei requisiti, nel qual caso, a fronte del rilascio, vi sarebbe una posizione di interesse legittimo.

Appartengono a tale categoria:

- a) le *iscrizioni*, che esplicano l'effetto tipico delle ammissioni;
- b) le *registrazioni*, che producono effetti simili alle autorizzazioni;
- c) le *assegnazioni*, che esplicano l'effetto tipico delle concessioni e la cui emanazione costituisce, per la P.A., un *atto vincolato*. Esse possono essere considerate come *concessioni vincolate*, attraverso le quali la P.A. conferisca al destinatario nuovi poteri e nuove facoltà, a seguito di un mero accertamento circa l'esistenza dei requisiti richiesti dalla legge (es.: l'assegnazione degli alloggi da parte dell'Istituto Autonomo Case Popolari);
- d) gli *accertamenti tributari*;
- e) le *esenzioni*;
- f) le *sovvenzioni*, che VIRGA riconduce alla categoria delle assegnazioni, mentre SANDULLI considera come autonoma figura di provvedimento, che apporta, al destinatario, un beneficio pecuniario, a seguito dell'accertamento della sussistenza dei presupposti e delle condizioni espressamente richieste dalla legge; ne sono esempio le c.d. «provvidenze» a favore di determinate attività commerciali, artigianali, ricreative (spettacoli teatrali e cinematografici) etc.

Dalle sovvenzioni aventi carattere vincolato vanno distinte le *erogazioni*, attribuite sulla base di un potere discrezionale della P.A., soggette ai limiti di cui all'art. 12 L. 241/1990, ossia alla *predeterminazione dei criteri di scelta e alla motivazione in ordine al loro rispetto nel caso concreto*.

Secondo altra tesi (GIANNINI), invece, gli accertamenti costitutivi sarebbero, comunque, atti dichiarativi produttivi di certezza legale: l'effetto costitutivo non sarebbe prodotto dall'atto di accertamento, ma dal fatto giuridico che l'atto di certezza si limiti a dichiarare come esistente.

Gli **accertamenti costitutivi** sono stati contrapposti agli **acclaramenti**, per contenere, i primi, valutazioni comunque idonee a far trapelare un ruolo attivo dell'amministrazione decidente e per presentare, i secondi, un più tenue ruolo esaminatore, da reputarsi comprimario in riferimento agli interessi in gioco. Gli acclaramenti, a loro volta, sono stati distinti in:

- acclaramenti **di fatti semplici**, ove venga in rilievo il vaglio di fattori naturalistici;
- acclaramenti **di fatti complessi**, ove, invece, venga in considerazione il riscontro di elementi tecnici di comprovata difficoltà, ma pur sempre esprimenti la sussistenza di una potestà vincolata della P.A.

Alcuni autori non hanno accettato la rammentata distinzione né, a maggior ragione, la riportata sottodistinzione, ritenendo entrambe superflue e sovrabbondanti.