

GLI EFFETTI DELLE MODIFICHE SULLA DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ CONSULTIVA NELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

Antonio Mitrotti

Sintesi. Più volte l'articolo 16 della legge sul procedimento amministrativo è stato oggetto di modifiche, sino ad arrivare all'ultimo, recentissimo, intervento di ritocco che, per vero, si inserisce nell'alveo di un più ampio disegno di riforma della Legge 241/1990; dichiaratamente ispirato al "principio di semplificazione". Dal che ci si propone di ricostruire sinteticamente la *ratio* sottesa alla disposizione contemplata dall'art. 16 della L. 241/1990: per poter giungere a focalizzare gli effetti reali delle intervenute modifiche sulla disciplina dell'attività consultiva nella legge sul procedimento amministrativo.

Abstract. Several times article 16 of the law on administrative procedure has been subject to changes, up to the very recent retouching intervention which, indeed, is part of a broader draft reform of Law 241/1990; openly inspired by the "principle of simplification". From which we propose to synthetically reconstruct the rationale underlying the provision contemplated by art. 16 of Law 241/1990: in order to be able to focus on the real effects of the changes that have occurred on the regulation of the consultative activity in the law on administrative procedure.

SOMMARIO: **1.** Una sintetica introduzione al tema; - **2.** Riflessioni sugli effetti delle recenti modifiche all'art. 16 della Legge 241/1990; - **3.** Brevi considerazioni conclusive (*de iure condendo*).

1. Una sintetica introduzione al tema.

In relazione alla sensibile tematica afferente alle recentissime modifiche legislative intervenute sull'articolo 16 della Legge del 7 agosto 1990, n. 241 appare - preliminarmente - utile proporre un'analisi che aspiri a fotografare i passaggi, gli stadi evolutivi¹ della disciplina contemplata, attualmente, dalla disposizione oggetto di esame.

È agevole, infatti, ripercorrere gli sviluppi di una evoluzione della disciplina dell'articolo 16 della Legge 241/1990: divisibile, sostanzialmente, in 3 stadi.

Il primo stadio attiene allo stato del testo originario dell'articolo 16.

Il secondo stadio evolutivo, invece, riguarda l'articolo 16 risultante dalle modifiche apprestate dal legislatore del 2009 e segnatamente dalla Legge del 18 giugno 2009, n. 69.

Il terzo ed ultimo stadio attiene - poi - alla attuale disciplina contemplata dalla disposizione di cui all'articolo 16, così come derivante dalla modifica introdotta dall'articolo 12, comma 1, lett. f, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76; decreto da ultimo convertito con Legge 11 settembre 2020, n. 120.

D'altra parte è, in generale, inconfutabile che la *ratio* di una disposizione più volte modificata nel tempo possa effettivamente cogliersi soltanto ricorrendo al canone (evolutivo) di interpretazione storico-normativa della stessa disposizione², nonché, oltre tutto, ricostruendo la "vita" della norma discendente dalla relativa

¹Relazione tenuta dall'Autore in occasione del Convegno on line del 9 novembre 2020, organizzato dai Professori Sandro De Gotzen e Giulia Milo (dell'Università degli Studi di Trieste) sul, sensibile, tema inerente a "La nuova riforma dell'attività amministrativa. Le modifiche alla Legge 241/1990 apportate con Legge dell'11 settembre 2020 e le recenti novità in materia di contratti pubblici".

Per riflessioni generali sull'attività consultiva appare utile rinviare, *ex multis*, in dottrina a P. CORSO, *La funzione consultiva*, Padova, Cedam, 1942; F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1944; P. CAMPILLI, *La funzione consultiva nella politica economica del moderno stato democratico*, Roma, Sigap, 1962; V. CAIANIELLO, *L'attività consultiva nei confronti della funzione amministrativa*, Roma, Edizioni della Nuova antologia, 1968; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, Giuffrè, 1974; G. GHETTI, *La consulenza amministrativa*, Padova, Cedam, 1974; V. PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della Legge 15 maggio 1997, n. 127*, Milano, Giuffrè, 1998; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002; M. DELLA MORTE, *La garanzia della funzione consultiva nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 2004; V. PARISIO, *Celerità, qualità dell'azione amministrativa e mancato svolgimento della funzione consultiva*, in *Diritto e società*, n. 4/2004, pp. 529-548; A. GHIRIBELLI, *L'attività consultiva della pubblica Amministrazione dopo la legge n. 69/2009*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 17/2009, pp. 1944-1947; L. TORCHIA, *Funzione consultiva e cultura amministrativa: un bilancio di fine legislatura*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2018, pp. 129-130; M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, pp. 27-62.

² Sul criterio (evolutivo) d'interpretazione storico-normativa delle disposizioni legislative può rinviarsi - *ex plurimis* - in dottrina ad E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 112 ss.; A. D'ATENA, *Legge regionale (e provinciale)*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 971 ss.; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983 (ristampa), p. 120 ss.; A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2003, pp. 15-24; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, pp. 145-146.

interpretazione ed applicazione procedimentale e (per i casi patologici) processuale³. Ebbene, il testo originario dell'articolo 16 non contemplava affatto la distinzione tra pareri facoltativi e pareri obbligatori.

La disposizione originaria, infatti, era unicamente protesa nell'ottica di evitare una *impasse* dovuta all'inerzia degli organi consultivi.

Dal che l'originaria disposizione prescriveva esattamente che *«ove debba essere obbligatoriamente sentito un organo consultivo questo deve emettere il proprio parere entro il termine prefissato da disposizioni di legge o di regolamento o in mancanza [così detto termine residuale] non oltre novanta giorni dal ricevimento della richiesta. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere»*.

Oltre tutto qualora l'organo consultivo avesse rappresentato all'amministrazione attiva procedente delle, non infrequenti, esigenze istruttorie ovvero (si badi) l'impossibilità, dovuta "alla natura dell'affare", di rispettare il termine, quest'ultimo sarebbe (serenamente) ricominciato a decorrere (per ulteriori 90 giorni), per una sola volta, dalla ricezione da parte dell'organo consultivo delle notizie o documenti richiesti.

In ogni caso rimaneva senz'altro ferma l'assoluta inapplicabilità della richiamata disciplina per l'ipotesi di pareri rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili": ossia alla tutela ambientale, paesaggistico - territoriale ed alla tutela della salute dei cittadini.

Per procedimenti aventi ad oggetto attività consultive inerenti ad interessi sensibili, infatti, l'amministrazione attiva, procedente, non aveva alcuna facoltà di procedere in caso di parere consultivo tardivo. All'opposto: avrebbe in ogni caso dovuto attendere quel parere.

Senonché fuori dai procedimenti che coinvolgessero pareri di amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili" la Pubblica Amministrazione attiva aveva sempre "facoltà di procedere" in caso di parere obbligatorio tardivo. Il che ad ogni modo ingenerava l'esercizio di una discrezionalità amministrativa piuttosto pericolosa da parte dell'amministrazione procedente. Tant'è vero che sia nel caso in cui l'amministrazione avesse deciso di procedere indipendentemente dal parere obbligatorio tardivo che, all'opposto, per il distinto caso in cui avesse valutato di attendere il relativo parere si sarebbe trattato, pur sempre, di una decisione passibile di impugnazione da parte dei destinatari del provvedimento finale. Il che per ovvie ragioni.

Sull'amministrazione incombeva il dovere di adeguatamente motivare sia la decisione per cui non si fosse voluto attendere il parere obbligatorio tardivo che, antitetivamente, la diversa decisione ispirata a non voler privarsi del parere obbligatorio, sebbene tardivo, anche a costo di determinare un prolungamento dei tempi procedimentali.

³ *Ex multis*, A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011; P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, Milano, Franco Angeli, 2015.

Del resto (*ex parte civis*) dal lato del cittadino destinatario del provvedimento finale si sarebbe trattato, pur sempre, di una decisione dagli effetti diretti ed immediati.

Non essendo escluso, sul punto, che il destinatario del provvedimento finale potesse aggredire tanto la scelta dell'amministrazione di voler attendere il parere tardivo (tramite un'azione avverso il silenzio-inadempimento dell'organo consultivo⁴) quanto la (diversa) decisione della P.A. procedente di non ritenere opportuno attendere il parere obbligatorio tardivo: in tal caso però il destinatario del provvedimento finale avrebbe, pur sempre, potuto, legittimamente, vantare l'interesse a che l'attività istruttoria fosse la più completa possibile, lamentando, per l'esattezza, un vizio sintomatico di eccesso di potere corrispondente alla carenza, per quella precisa fattispecie procedimentale, di una "imprescindibile" fase consultiva che garantisse - sostanzialmente - una migliore (e maggiore) valutazione delle risultanze istruttorie.

Palese, insomma, come in relazione ai pareri obbligatori tardivi la riposta facoltà in capo all'amministrazione attiva di "scegliere" se procedere oppure no dinanzi alla tardività del parere fosse, di fatto, divenuta un'arma a doppio taglio.

A tutto questo si aggiungeva, come anticipato, il fatto che la versione originaria dell'articolo 16 non contemplasse la possibilità di pareri facoltativi.

Per il vero la possibilità che le Amministrazioni attive procedenti potessero avvalersi di pareri facoltativi di organi consultivi era desumibile da una serena lettura dell'articolo 1 della Legge 241/1990.

Se infatti l'Amministrazione Pubblica (*ex art. 1, comma 1, della Legge 241/1990*) persegue i fini indicati dalla legge secondo i (celebri) principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza nonché pubblicità e se (parallelamente) il procedimento non può (*ex art. 1, comma 2, della summenzionata Legge*) essere aggravato se non per "straordinarie e motivate esigenze" imposte dall'istruttoria, non si vedeva il perché un'amministrazione procedente non potesse valutare motivatamente l'utilità oggettiva di un parere facoltativo strumentale alla qualità del provvedimento finale.

Anche in questo caso, tuttavia, si sarebbe - comunque - trattato di una decisione amministrativa facilmente esposta ad impugnazioni dei destinatari del provvedimento finale: interessati ad ottenere il tempestivo provvedimento.

In un simile scenario (contraddistinto da notevoli e palpabili difficoltà sia per le Pubbliche Amministrazioni che per i destinatari dei provvedimenti finali) sono andate ad inserirsi, e susseguirsi, le modifiche introdotte prima dalla Legge 127/1997⁵ (così detta "Legge Bassanini") e poi, specialmente, dalla Legge 69/2009⁶. È sembrato, tuttavia, che la *ratio* dell'intervento legislativo del 2009 non fosse (come nel

⁴ V. PARISIO, *Celerità, qualità dell'azione amministrativa e mancato svolgimento della funzione consultiva*, in *Diritto e società*, n. 4/2004, p. 536 ss.

⁵ Per un commento in senso critico si legga R. FERRARA, *Le 'complicazioni' della semplificazione amministrativa: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, n. 2/1999, pp. 323-380.

⁶ *Ex plurimis*, A. GHIRIBELLI, *L'attività consultiva della pubblica Amministrazione dopo la legge n. 69/2009*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 17/2009, pp. 1944-1947.

1990) unicamente circoscritta ad evitare, in estrema sintesi, *impasse* procedurali per il caso di ritardo nel rilascio dei pareri.

Piuttosto, le modifiche apportate all'articolo 16 della Legge 241/1990 da parte del legislatore del 2009 apparivano estensivamente protese al massimo contenimento dei tempi procedurali.

Due, in particolare, le argomentazioni in tal senso.

Da un lato l'intervento riformatore del 2009 si connotava, infatti, per una drastica riduzione dei termini del *sub*-procedimento consultivo: il termine generale passava da 90 a 20 giorni; il termine 'speciale' previsto per il caso di manifestazione di esigenze istruttorie, per di più, da 90 a 15 giorni.

Dall'altro lato, quale secondo elemento sintomatico di una *ratio* ispirata al contenimento dei tempi, la riforma del 2009 oltre a "riconoscere" la possibilità di pareri facoltativi ne ha unitamente affiancato l'istituto del così detto "accantonamento"; istituto introdotto anche come peculiare risposta alle difficoltà connesse alla facoltà dell'amministrazione attiva di scegliere se procedere o meno in caso di pareri tardivi.

Oltre tutto l'inserimento dell'istituto di "accantonamento dei pareri facoltativi tardivi" ha dato modo, nel tempo, di riflettere, attentamente, sulle differenze sottese alla natura del *sub* procedimento consultivo per il caso di pareri obbligatori, da un lato, e per il differente caso di pareri facoltativi, dall'altro lato.

A ben riflettere, infatti, per i "pareri facoltativi" la 'Pubblica Amministrazione attiva', procedente, avrebbe esercitato a monte del *sub* procedimento consultivo una discrezionalità circa l'*an* del parere: compiendo una valutazione di sintesi tra il divieto di aggravamento del procedimento, salvo il caso di straordinarie e motivate esigenze, ed i principi di buon andamento, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Per i "pareri obbligatori" la 'Pubblica Amministrazione attiva', procedente, avrebbe, invece, esercitato a valle dei termini di conclusione del *sub* procedimento consultivo una discrezionalità circa il *quomodo* dell'intero procedimento, decidendo per il caso di ritardo del parere obbligatorio se: a) procedere senza l'acquisizione del parere tardivo (esponendosi, però, alle potenziali impugnazioni dei destinatari del provvedimento finale interessati alla completezza dell'istruttoria); b) oppure non procedere in assenza del parere obbligatorio tardivo ed attenderlo per la maggiore completezza dell'istruttoria procedimentale (sebbene, in tal caso, non sarebbero state, affatto, da escludersi delle azioni avverso il "silenzio inadempimento dell'organo consultivo" da parte dei destinatari del provvedimento finale).

Il pericolo di una discrezionalità illegittimamente esercitata da parte degli organi di amministrazione attiva facoltizzati a decidere il *quomodo* del procedimento per il caso di "pareri obbligatori tardivi" e le connesse lungaggini legate a potenziali impugnazioni ed ai fisiologici tempi della giustizia amministrativa hanno, così, condotto il recentissimo legislatore (con D.L. 16 luglio 2020, n. 76; convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120) ad estendere l'istituto dell'accantonamento a tutti i pareri tardivi.

Oggi infatti per tutti i pareri tardivi (anche per i pareri obbligatori tardivi e non più solo per quelli facoltativi tardivi) l'amministrazione richiedente "deve procedere" indipendentemente dall'espressione del parere.

Per il vero l'articolo 16 della Legge 241/1990 (rubricato "attività consultiva" sin dal 2005, ma sul punto autorevole e condivisibile dottrina riterrebbe che l'attività consultiva non sia affatto esauribile all'articolo 16⁷) è rimasto intatto al suo primo comma: laddove vi è, per l'appunto, la distinzione (risalente alle modifiche del 2009) tra pareri obbligatori e pareri facoltativi.

Mentre al secondo comma l'articolo 16 ha subito una radicale modifica: che ha segnatamente esteso il regime di "accantonamento" dei pareri tardivi anche ai pareri obbligatori.

2. Riflessioni sugli effetti delle recenti modifiche all'art. 16 della Legge 241/1990.

Quali sono gli effetti delle modifiche intervenute al secondo comma dell'articolo 16 della Legge 241/1990?

Da un lato si è sostanzialmente eliminata la (talvolta pericolosa) discrezionalità dell'amministrazione attiva di valutare se attendere oppure no il parere obbligatorio tardivo.

Dall'altro lato appare inevitabile che si sia contestualmente messa ai margini l'effettiva rilevanza "dell'attività consultiva" quale basilare fase ausiliaria rispetto alla valutazione delle risultanze istruttorie del procedimento, tale da concorrere cioè ad una potenziale forma di neutralizzazione della strumentalità dell'attività consultiva nei riguardi dell'essenziale buon andamento dell'azione amministrativa: il tutto in nome - per intendersi - di una decisione tempestiva piuttosto che di una decisione buona o di qualità⁸.

Tanto che non si esagererebbe affatto nel dire che dopo le modifiche del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (e la sua, nota, Legge di conversione, L. 11 settembre 2020, n. 120) l'attività consultiva (intesa come attività finalizzata a fornire elementi, valutazioni e giudizi su questioni connesse alle decisioni finali adottate da altri organi od enti di amministrazione attiva) ne sia uscita, tangibilmente, con le ossa rotte.

Del resto la *ratio* della recente riforma è chiaramente ispirata a realizzare un acceleramento della conclusione del procedimento: con assoluta buona pace della

⁷ *Ex multis*, S. CASSESE, *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2001, pp. 5-12; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 16 ss. Più di recente si leggano altresì M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, p. 29 ss.

⁸ In tal senso già prima della riforma del 2020 si era brillantemente espressa l'interpretazione di M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, pp. 27-62.

strumentalità dell'attività consultiva rispetto alla qualità dei provvedimenti amministrativi finali.

In altri termini, la *ratio* del novellato articolo 16 della Legge 241/1990 - nonché più in generale la *ratio* della riforma introdotta definitivamente con Legge 11 settembre 2020, n. 120⁹ - è improntata alla massima importanza della "dimensione economica" del diritto amministrativo¹⁰, secondo una (assai pregnante) sensibilità che ha - energicamente - condotto (se non costretto) a valorizzare al massimo grado l'accelerazione dei procedimenti, in nome del fattore tempo.

In tal senso possono leggersi anche le modifiche intervenute (*ex parte principis*) agli articoli 2 (comma 4-*bis* ed 8-*bis*) e 17-*bis* (comma 1 e 2), nonché (*ex parte civis*) all'articolo 1, comma 2-*bis*, della Legge 241/1990.

Oltre tutto la (spinta) *ratio* di una aspirazione - piuttosto frettolosa e non sempre del tutto consapevole sul piano sistematico - all'accelerazione dei tempi del procedimento può evincersi, chiaramente, dall'uso della fonte del Decreto Legge: fonte non idonea - per lo meno non opportuna - per riforme ad ampio respiro¹¹, come quella di recente intervenuta sulla Legge 241/1990 (laddove, cioè, la ponderazione e la "riflessione sistematica" che dovrebbero - ontologicamente - porsi come "essenziali elementi" a monte di una, ragionata, disciplina di riforma stridono, di per sé, e mal si attagliano con "casi straordinari di necessità e d'urgenza"; quali tipici presupposti costituzionali del Decreto Legge).

3. Brevi considerazioni conclusive (*de iure condendo*).

⁹ M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Il Diritto dell'economia*, Editoriale, n. 2/2020.

¹⁰ *Ex plurimis*, G. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge 241/1990*, in *Corriere giuridico*, n. 3/2011, pp. 301-309; G. PELLEGRINO - A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, Carrocci Editore, 2014; G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2014, pp. 695-724; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm.*, n. 5/2016; G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *Gazzetta Amministrativa*, n. 1/2017, pp. 1-16; D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2017, pp. 779-830; S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, Pacini Giuridica, 2018, pp. 65-68; L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, n. 1/2019, p. 19; G. F. FERRARI, *I costi del non fare*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 148-168; M. CLARICH, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 169-182.

¹¹ Si deve far presente come la Corte costituzionale abbia chiaramente stigmatizzato «*la palese inadeguatezza dello strumento del decreto-legge a realizzare una riforma organica e di sistema*» C. cost., sent. 19 luglio 2013, n. 220, par. 12 del Considerato in Diritto. Per degli utili commenti in dottrina si confrontino, *ex multis*, R. DICKMANN, *La Corte costituzionale si pronuncia sul modo d'uso del decreto-legge*, in *Consulta online*, Sezione Studi e Commenti, 2013; G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto legge*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2014. Per un'analisi generale del tema appare utile rimandare a F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2015, pp. 125-145; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, pp. 390-403.

Un'ultima riflessione: ad onta della riforma è rimasta assolutamente identica la disciplina dei pareri rilasciati dalle amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili", tra cui per l'emergenza epidemiologica del momento spicca - assai impetuosamente - la tutela della salute dei cittadini.

Senonché in caso di attività consultiva inerente ad "interessi sensibili" l'amministrazione attiva, procedente, non può né deve procedere per l'ipotesi in cui tardasse il parere: all'opposto deve necessariamente attenderlo.

Forse in (emergenziale) tempo di Covid-19¹² ci si sarebbe, davvero, aspettati (al netto dei consueti *slogan* politici) un intervento su questo punto¹³.

Anche perché i "pareri di amministrazioni preposte alla tutela della salute" sono, pur sempre, qualcosa di ben diverso (si badi) dalla, preventiva, acquisizione di valutazioni tecniche da parte di organi od enti (tecnici) preposti alla tutela fondamentale della salute.

Il che si traduce nel rilevante elemento per cui le valutazioni tecniche si pongono, come è noto, all'interno dell'istruttoria procedimentale e ne costituiscono parte necessaria ed integrante, mentre - piuttosto - l'attività consultiva si inserisce come fase *sub* procedimentale immediatamente successiva alla fase istruttoria¹⁴.

La fase istruttoria deve, infatti, essere assolutamente completa affinché l'amministrazione procedente possa richiedere un parere (obbligatorio o facoltativo

12 La letteratura scientifica maturata sin qui in relazione all'emergenza sanitaria è così copiosa da non poter essere richiamata con esaustività, se soltanto si ponesse mente ai numerosissimi profili che il *Covid-19* è stato capace di coinvolgere (*rectius* travolgere); ciò posto, senza alcuna pretesa di completezza, sia consentito il rinvio sul piano di un'analisi sistematica delle fonti del diritto dell'ordinamento nell'emergenza sanitaria a L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2020, pp. 405-420; P. GIANGASPERO, *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza COVID 19, tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, in *Quaderni Amministrativi*, n. 3/2020, pp. 6-21; N. PICCOZZI, *Una nota (ragionata) alla sentenza del TAR Calabria n. 841/2020: rapporti tra Stato e Regioni in tempo di Covid-19*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 1/2020; A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2020; G. P. DOLSO, *Libertà di circolazione ed emergenza sanitaria*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2020; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: i D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2020; G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, pp. 453-456.

13 Non si ignorano affatto, naturalmente, le grosse (grossissime) difficoltà nel realizzare il principio di semplificazione - principio, di per sé, astrattamente ambiguo - in materia di "interessi sensibili", nonché specialmente in materia di "tutela della salute"; sul punto si rimanda *ex plurimis* in dottrina agli approfondimenti in C. VIDETTA (a cura di), *Tutela della salute e semplificazione. Una riflessione a più voci*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

14 Per puntuali approfondimenti relativi alla nozione delle "valutazioni tecniche" si rimanda a C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; M. ASPRONE - M. MARASCA - A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2009.

che sia) all'organo consultivo. Se così non fosse l'organo consultivo potrebbe legittimamente rifiutarsi di rendere il parere ad istruttoria non ancora conclusa¹⁵.

Eppure sul (più o meno discutibile) presupposto che le valutazioni tecniche abbiano non soltanto una valenza meramente istruttoria ma anche, in qualche caso, una valenza "co-decisoria" si ritiene (per parte autorevole della dottrina ed anche della stessa giurisprudenza amministrativa¹⁶) che le valutazioni tecniche (*ex articolo 17 della Legge 241/1990*) di amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili" possano, benissimo, essere "assorbite" dagli atti di, così detto, silenzio assenso ("orizzontale") di cui all'articolo 17 bis: un istituto che - è assai noto - si applica anche ai casi di acquisizione di assensi, concerti, nulla osta (o comunque denominati) di amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili".

Sicché, a ben riflettere, se la "semplificazione amministrativa" è - comunque - in grado di operare già dal 2015 (ossia dalla nota riforma "Madia"¹⁷) per fattispecie di valutazioni tecniche prodotte da amministrazioni preposte alla tutela d'interessi sensibili non si vede ragionevolmente il perché il legislatore di semplificazione del 2020 non sia incisivamente intervenuto (anche) per i pareri rilasciati dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e (soprattutto) alla tutela della salute dei cittadini.

Tanto più alla luce dell'evidente fatto che l'attività consultiva si pone ben al di fuori della fase istruttoria e - soprattutto - ne presuppone la completezza della stessa fase istruttoria.

Sicché se la riformatrice disciplina legislativa della semplificazione è sinora riuscita a penetrare (di fatto) nell'essenziale fase istruttoria¹⁸ non si comprende il ragionevole perché con le recenti modifiche del 2020 l'attività consultiva (di per sé fase, squisitamente, ausiliaria e strumentale) ne sia rimasta indenne (e schiava di un'assenza di alcuna semplificazione).

Al netto di tutto ciò non può (e non deve) sottacersi un ulteriore - assai pregnante - elemento, di significativo svilimento stesso dell'attività consultiva esercitata dalle

¹⁵ Sul punto si rimanda all'approfondita disamina in M. OCCHIANA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, p. 49 ss.

¹⁶ P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della legge n. 124 del 2015*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3/2016, p. 58 ss.; L. B. MOLINARO, *Il silenzio assenso "orizzontale" della Soprintendenza nel procedimento "pluristrutturato" di accertamento di compatibilità paesaggistica dopo la legge Madia*, in *Filodiritto.com*, 17 giugno 2019; P. MINETTI, *Silenzio-Assenso orizzontale e accertamento di compatibilità paesaggistica*, in *L'ufficio tecnico*, n. 1/2020; E. SCATOLA, *Procedura di riequilibrio e silenzio amministrativo*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, n. 1/2020, p. 231 ss. Più in generale, sull'importanza della "predeterminazione" dell'azione amministrativa si legga, già, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

¹⁷ L'art. 17 bis della Legge 241/1990 è stato, per l'esattezza, introdotto dall'art. 3 della Legge 7 agosto 2015, n. 124.

¹⁸ Il che nella misura in cui la disposizione di cui all'art. 17 bis della Legge 241/1990 esprime un ambito di applicazione che è precisamente destinato a realizzarsi in relazione a procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata: e dunque anche nei casi in cui l'atto da acquisire abbia, al di là del *nomen iuris* riconducibile alla fase istruttoria, una "natura" co-decisoria.

amministrazioni preposte alla tutela dei così detti "interessi sensibili". Non si può infatti dubitare del palpabile fatto che le amministrazioni attive, procedenti, per evitare uno stallo derivante dai "pareri tardivi su interessi sensibili" possano - senz'altro - avere forte vantaggio ad indire una Conferenza di Servizi decisoria asincrona (che - *ex art.* 14, c. 2, Legge 241/1990 - ha tra i suoi presupposti proprio la subordinata acquisizione di pareri per le conclusioni positive del procedimento): in cui è ben noto che il silenzio delle P.A. preposte alla tutela degli "interessi sensibili" (quand'anche organi consultivi) abbia un effetto devolutivo.

Il che con un chiaro aggiramento del "potere di veto" di cui è titolare l'amministrazione consultiva in materia di interessi pubblici sensibili (*ex art.* 16, c. 3, Legge 241/1990).

Emerge, dunque, con un'assoluta chiarezza, e più di qualche perplessità, l'irragionevolezza della disciplina del legislatore per aver continuato a mantenere estranei ai (numerosi) processi di semplificazione della legge sul procedimento amministrativo il solo articolo 16, comma 3, in presenza di interessi sensibili.

Il che emerge soprattutto nell'ambito del recentissimo contesto riformatore prodotto dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con Legge 11 settembre 2020, n. 120), che si è, appunto, contraddistinto profondamente per aver inciso sull'apparato sistematico della legge sul procedimento amministrativo (si registrano 22 modifiche intervenute su 12 articoli) nell'ottica dell'acceleramento (se non di una, netta, decurtazione) del procedimento amministrativo.

La verità, a monte di ogni possibile irragionevolezza, è che, a ben riflettere, semplificazione ed accelerazione dei termini di conclusione del procedimento sono concetti ben distinti, ancorché di fatto sovrapponibili.

La semplificazione sottende, infatti, l'azione diretta alla modifica nonché all'alleggerimento del procedimento decisionale. 'Semplificare' - al netto di molteplici sfaccettature, talvolta ambigue, in cui il concetto possa essere declinato - vuol dire, in soldoni, "sciogliere" i nodi della "complessità" di qualcosa¹⁹.

L'accelerazione dei termini procedurali, piuttosto, comporta *ex se* una mera - e netta - contrazione del procedimento decisionale (laddove, cioè, la dimensione quantitativa del procedimento amministrativo assorbe il piano della "complessità" qualitativa del processo decisionale).

Ma la contrazione senza una vera - e reale - semplificazione (della complessità normativa, organizzativa e funzionale²⁰) rischia di pregiudicare - incisivamente - la qualità della decisione pubblica²¹.

¹⁹ *Ex plurimis*, G. ARENA, *Semplificare: un processo complicato*, in *Semplificazione Amministrativa e Cittadini. La soddisfazione, le attese, le proposte* (FORMEZ, Ufficio Stampa ed Editoria), Roma, Edigraf, 2007, pp. 7-17; R. SPASIANO, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2009, pp. 75-86; G. ARENA, *L'implementazione della semplificazione amministrativa*, in www.giustamm.it, 2012. Sul piano della filosofia del diritto può risultare molto utile rimandare a N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004, p. 81 ss.

²⁰ F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4/2008, pp. 335-341.

Il che, non si trascuri affatto, a deprecabile detrimento oggettivo del basilare buon andamento della Pubblica Amministrazione²² (*ex art. 97 Cost.*): la quale sfortunatamente continua ad essere pregiudicata da pressoché sommari "bilanciamenti legislativi"²³ a monte della disciplina contemplata, oggi, per l'attività amministrativa, nonché - per conseguenza - fortemente penalizzata da "sommari bilanciamenti interni" alle stesse decisioni²⁴ amministrative, ancorché certamente connotate per essere decisioni maggiormente tempestive.

Del resto già Carnelutti, nel 1956, metteva ben in guardia dal fatto che l'obiettivo della "semplificazione" fosse «*un compito che presenta gravissime difficoltà; ed è inutile*

21 R. FERRARA, *Le 'complicazioni' della semplificazione amministrativa: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, n. 2/1999, pp. 323-380; V. PARISIO, *Celerità, qualità dell'azione amministrativa e mancato svolgimento della funzione consultiva*, in *Diritto e società*, n. 4/2004, pp. 529-548; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2017, p. 721 ss.; M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, pp. 27-62; P. M. VIPIANA - M. TIMO, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 183-206.

22 Sul principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione esiste una letteratura sterminata, sia qui sufficiente (senza pretesa di esaustività) il richiamo ad A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979; M. GALDI, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Liguori Editore, 1996; M. SANTINI, *Il buon andamento dell'azione amministrativa tra semplificazione procedimentale ed acquisizione di pareri. Le principali novità introdotte dalla 'riforma Bassanini'*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 1/1999, pp. 119-141; F. TIGANO, *Amministrazione, Costituzione e buon andamento: profili della nuova legalità amministrativa*, Messina, Sicania, 2002; M. DELLA MORTE, *La garanzia della funzione consultiva nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 2004; F. MIDIRI, *Il principio di efficacia tra imparzialità e buon andamento nella legge di riforma del procedimento amministrativo n. 15 del 2005*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2007, pp. 477-519; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale: contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008; S. PIGNATARO, *Il principio costituzionale del buon andamento e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari, Cacucci Editore, 2012; A. GIUFFRIDA, *Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, Giappichelli, 2012; F. CORTESE - M. MARCANTONI - R. SALOMONE, *Deontologia e buon andamento della pubblica amministrazione*, Milano, Franco Angeli, 2014; M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, Torino, Giappichelli, 2018; A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2019, pp. 381-412; F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2020, pp. 329-362.

23 Sul 'bilanciamento' appare qui significativo rimandare *ex plurimis* (senza alcuna pretesa di esaustività) a S. BARTOLE, *L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/1989, pp. 17-26; S. DE GOTZEN, *Edilizia militare, bilanciamento degli interessi e collaborazione fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2/1990, pp. 518-530; A. RUGGIERI, "Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in *Politica del Diritto*, n. 2/1993, pp. 183-209; P. M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/1998, pp. 3953-4000; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002; A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Vol. II, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 185-204; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: 'giocando con le regole' a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/2012, pp. 4909-4947; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teorie e prassi delle tecniche di giudizio nei*

cercare di superarle se non si hanno delle idee chiare. Insomma, bisogna sapersi orientare, anzi che procedere a tentoni»²⁵.

In tal senso, prescindendo dai fisiologici margini di errore insiti nella programmazione di un disegno di legge di riforma del procedimento amministrativo (a vocazione "semplificatoria"), non potrebbe mai sottacersi, in fondo, che - al netto dell'imprescindibile indirizzo politico del Governo - «al momento in cui la "questione amministrativa" emerge nel Paese come una questione centrale per il funzionamento complessivo del suo sistema di governo, anche nella prospettiva della competizione europea ed internazionale, si apre per il giurista il compito di giurista politico (secondo l'indirizzo che più volte Giannini aveva indicato alla nostra scienza), prendendo ad oggetto del suo studio, non solo e non tanto, il diritto amministrativo che c'è, i suoi istituti ormai consolidati e ampiamente elaborati, ma il diritto amministrativo che serve al fine della produzione di buona amministrazione, modificando ove necessario i suoi istituti, le sue regole, la sua stessa estensione»²⁶.

Da qui l'opportunità delle presenti considerazioni conclusive (*de iure condendo*).

Con vivo suggerimento per il futuro legislatore (ordinario) di una modifica, "semplificatoria", del terzo comma di cui all'articolo 16 della Legge 241/1990: specie in relazione alla "effettiva garanzia costituzionale" della fondamentale tutela della salute dei cittadini (*ex art. 32 Cost.*).

Soprattutto se si considerasse la necessità di un superamento (non solo pragmatico ma anche programmatico) del tragico (ed assai "complicato"²⁷, per l'appunto) momento di emergenza sanitaria²⁸, epidemiologica, che stiamo, pesantemente,

conflitti tra diritti e interessi costituzionali, Torino, Giappichelli, 2014; V. ITALIA, *Il bilanciamento nelle leggi*, Milano, Giuffrè, 2016; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2018, pp. 716-753.

24 Appare emblematico rinviare sul punto alle considerazioni sviluppate in S. CASSESE, *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2001, pp. 5-12. Più di recente B. G. MATTARELLA, *Burocrazia «normativa»: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 75-98; F. CORTESE, *La burocrazia «incolpevole». Gli intrecci di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 99-116.

25 F. CARNELUTTI, *Certezza, autonomia, libertà, diritto: discorso introduttivo ed intervento al Convegno di amici del diritto e dell'economia*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 10/1956, p. 1193.

26 V. CERULLI IRELLI, *Editoriale. La responsabilità del giuspubblicista. Spunti critici*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020, pp. vii - viii.

27 Sulla complessità che connota l'esistenza umana appare illuminante rinviare a N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004, p. 81 ss. Per un commento generale sui perseguiti obiettivi di "semplificazione" della recente riforma M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Il Diritto dell'economia*, Editoriale, n. 2/2020; V. CERULLI IRELLI, *Editoriale. La responsabilità del giuspubblicista. Spunti critici*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020; G. VESPERINI, *Al decreto semplificazioni manca la semplicità*, in *lavoce.info*, 8 settembre 2020; A. MASSARI, *La conversione del decreto semplificazioni e le questioni aperte*, in *Appalti e Contratti*, n. 9/2020; T. TESSARO, *Del Decreto-Legge n. 76/2020 (c.d. Semplificazioni) convertito in Legge n. 120/2020: ovvero dei "disegnini di legge per riparare ossicini fratturati o supposti tali"*, in *Comuni d'Italia*, n. 9-10/2020.

28 *Ex multis*, A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2020, pp. 385-403; G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, pp. 453-456.

vivendo e che - purtroppo - sta continuando ("cronicamente") ad affliggere la vita quotidiana dei cittadini e delle Istituzioni Repubblicane²⁹.

29 A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos. Le Attualità nel diritto*, n. 1/2020.